

UNIVERSIDAD SAN PEDRO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO



La teoría de infracción de deber en el delito de peculado en la jurisprudencia peruana

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OBTENER EL TÍTULO
PROFESIONAL DE ABOGADO**

Autor:

Ruiz Ortiz, Alejandro Reymundo

Asesor

Abg. Miranda Chauca, Teresa Luperfina

Huacho – Perú

2018

PALABRAS CLAVE:

- **INFRACCION Y PECULADO**

Tema	La teoría de infracción de deber en el delito de peculado en la jurisprudencia peruana
Especialidad	Derecho Penal

LINEA DE INVESTIGACIÓN: DERECHO

Dedicatoria

*Dedicado a mis padres, mi hermosa
esposa y amada hija, por quienes
nace mi esfuerzo de crecer como
persona y profesional.*

ÍNDICE

Carátula _____	i
Dedicatoria _____	ii
Presentación _____	iii
Índice General _____	iv

LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER EN EL DELITO DE PECULADO EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA

INTRODUCCIÓN _____	01
1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS _____	03
2.- MARCO TEÓRICO _____	07
2.1. Etimología, concepto y definición _____	07
a) El concepto de funcionario público en el ordenamiento jurídico peruano a efectos administrativos _____	08
b) El concepto de funcionario público a efectos penales _____	09
2.2. La teoría de infracción de deber _____	10
2.2.1. Los delitos de infracción de deber según Claus Roxin _____	10
2.3. El delito de peculado _____	13
2.4. Definición y estructura típica del delito de peculado _____	19
2.4.1. Respecto a la conducta culposa _____	21
2.5. El delito de peculado como delito de infracción de deber _____	22
2.5.1. De la imputación objetiva y el principio de confianza _____	24
2.5.2. De la figura del autor y participe en los delitos de	
infracción de deber _____	25
2.5.3.1. Autoría en el delito de peculado _____	26
2.5.4. De la complicidad en el delito de peculado _____	31
2.5.5. Del iter criminis del delito de peculado a efectos de determinar la autoría y participación del agente _____	33
2.5.6. Perjuicio patrimonial _____	34
2.5.7. ¿Es relevante la cuantía del perjuicio patrimonial? _____	36
2.5.8. Relación funcional de hecho _____	39
2.5.9. ¿La no rendición de cuentas de los viáticos recibidos por	

2.5.10. el agente público, constituye peculado?	42
2.6. Antijuricidad	45
2.7. Culpabilidad	46
2.8. Consumación	46
2.9. Tentativa	48
2.10. Fundamentos jurisprudenciales y doctrinarios en que se sustenta la aplicación de la teoría de la unidad del título de imputación	48
2.10.1. Fundamentos jurisprudenciales	48
2.10.2. Fundamentos doctrinarios	52
3.- PROBLEMÁTICA EXISTENTE EN LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN DEL DELITO DE PECULADO BAJO LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER	54
4.- JURISPRUDENCIA NACIONAL	57
SENTENCIAS	57
5.- DERECHO COMPARADO	59
5.1. Legislación colombiana	59
5.2. Legislación española	60
5.3. Legislación argentina	61
CONCLUSIONES	63
RECOMENDACIÓN	64
RESUMEN	65
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	69
ANEXOS	
01 Caso práctico	
02 Proyecto de sentencia	
03 Análisis del caso	

PRESENTACIÓN

El presente trabajo titulado “La teoría de infracción de deber en el delito de peculado en la jurisprudencia peruana”, ha sido desarrollado teniendo en cuenta las diferentes posiciones adoptadas por reconocidos juristas de gran trayectoria en el campo jurídico, nacional como en el derecho comparado.

La aplicación de la Teoría de infracción de deber, como fundamento de la autoría, en los delitos donde se infringe un deber especial por la calidad del sujeto, no ha sido del todo pacífica en nuestro ordenamiento jurídico. Con respecto al delito de peculado, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, nuestros jueces aun aplican la teoría del dominio del hecho para determinar quién tiene la calidad de autor y participe. Todo ello a pesar de que la posición mayoritaria es la posición que refiere el jurista alemán Claus Roxin.

Estudiaremos y analizaremos la tipología del delito de peculado, su conducta típica (objetiva y subjetiva), sus verbos rectores y sus modalidades, el bien jurídico protegido, y la relevancia del perjuicio patrimonial en este delito, entre otros.

Más adelante, se estudiará los fundamentos jurisprudenciales y doctrinarios que dan nacimiento a una solución la cual es, unificar criterios y que no se produzca una combinación de teorías donde el autor es un funcionario o servidor público.

Finalmente se terminará el presente trabajo con las conclusiones que arriba el autor y las recomendaciones al caso, para dar paso al proyecto de sentencia el cual será materia de análisis en la sustentación del citado trabajo.

INTRODUCCIÓN

El poder público es encargado, sea mediante elección, selección, designación o nombramiento, a determinadas personas con el objeto de dar cumplimiento a los fines públicos que se establecen en el marco de nuestro Estado social y democrático de Derecho. La corrupción se produce cuando el ejercicio de este poder público es desviado de tales fines públicos y es utilizado para satisfacer intereses privados. De esta manera, la corrupción desnaturaliza los fines de nuestro modelo de Estado, toda vez que obstaculiza que la administración pública cumpla con sus funciones orientadas al bienestar general y a posibilitar el desarrollo igualitario de los ciudadanos.

En esta línea, la corrupción es un problema grave de cualquier sociedad y su mayor reproche recae en la vulneración de derechos fundamentales que aquella genera, especialmente para las personas con menos capacidad económica.

Roxin, referente obligado, sin dudar en el ámbito de la autoría y participación, define al autor del hecho punible como la figura central del suceso acaecido, pero para él, la investigación de quien haya de ser considerado esa figura central del ilícito no se lleva a cabo en todos los delitos, ni de igual manera, ni de la mano de los mismos criterios. Muy al contrario hay que diferenciar dos tipos de delitos: en aquellos donde es autor quien domina el hecho descrito en el tipo (dominio del hecho) y los delitos de infracción de deber donde el autor tiene deberes especiales que son predeterminadas por el legislador.

Donde el dominio del hecho es irrelevante. La categoría dogmática de los delitos de infracción de deber se orienta al resultado del mundo exterior, o dicho de forma más exacta, al dominio externo de un resultado del mundo exterior, sino que se centra en el deber especial de la persona del autor.

Por lo demás, Roxin subraya que no se está refiriendo al deber general de respetar la norma, deber propio de todo delito y que también alcanza cómplices e

inductores, sino a la lesión de un deber extrapenal, que no alcanza necesariamente a todos los intervinientes en el delito, pero que es absolutamente necesario para la realización del tipo en esta clase de delitos. El legislador se basa en deberes que existan entre los diversos intervinientes, ya con anterioridad e independencia del delito. Por tanto, los delitos de infracción de deber son los tipos penales, en los cuales únicamente puede ser autor aquel que lesiones un deber especial extrapenal que existe ya con anterioridad.

El autor

RESUMEN

a) El concepto de funcionario público a efectos penales

Citando a Donna (2005), refiere que el concepto de funcionario público es “(...) eminentemente jurídico y debe ser sacado de la estructura del derecho como tal”. Cabe señalar que diversos autores aceptan la premisa de que la calidad de “funcionario público” del autor es un elemento normativo del tipo, es decir que se requiere que el operador jurídico utilice otras normas del ordenamiento jurídico para su entendimiento.

b) La teoría de infracción de deber

La teoría de los delitos de infracción de deber, fue planteada por el ilustre jurista Claus Roxin (1963), en su obra titulada “Autoría y dominio del hecho”. Roxin, desarrolló la infracción de deber como criterio para determinar y delimitar la autoría, el autor es la figura central en la realización del hecho delictivo, el partícipe es solo una figura accesoria que contribuye al hecho del autor mediante una intervención motivacional o ayudándolo.

La contribución del partícipe no es determinante para la realización del delito. En cambio, en la teoría de los delitos de infracción de deber, el autor o figura central se concretiza en el criterio de la “infracción del deber”.

c) El delito de peculado

Artículo 387° del Código Penal

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será

reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.

Para Rojas Vargas, Fidel (2003), el delito de peculado sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le están confiados por razón de su cargo. Para atribuir la responsabilidad a una persona por el delito de peculado nuestro ordenamiento no sólo exige que el sujeto activo tenga la condición de funcionario público, sino, además, que ostente un vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado.

d) El delito de peculado como delito de infracción de deber

Hace más de 50 años. Roxin en su planteamiento original distinguió los delitos de dominio del hecho de los delitos de infracción de deber, en relación a los delitos de infracción del deber sostuvo que estos se caracterizaban porque la autoría de la realización del tipo penal no depende del dominio del hecho, sino de la infracción de un deber que incumbe al agente relacionándolo con los delitos especiales –aquellos que requieren, para poder ser autor, una específica cualificación en el sujeto- y los delitos de omisión, aquellos que se refieren a la no verificación de una determinada conducta, en ese sentido, se realizan si tiene lugar una conducta diferente a la prevista, es necesaria la pasividad.

e) De la imputación objetiva y el principio de confianza

En el marco de la teoría de la imputación objetiva se produce una reformulación del juicio a una restricción, sobre la base de criterios normativos que apuntan a una restricción del tipo penal. Según la cual, solo puede resultar objetivamente imputable un resultado, si la acción ha creado una puesta en peligro jurídicamente prohibida del objeto de acción protegido y el peligro se ha realizado en el resultado típico.

Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl (2011), empero manifiesta que, se puede responder únicamente por las conductas que se encuentra dentro del propio ámbito de competencia, porque no forma parte de la función de un ciudadano controlar todos los posibles peligros que pueda originar la conducta de un tercero.

f) De la complicidad en el delito de peculado

La Corte Suprema de Justicia ha determinado que el aporte necesario en la fase preparatoria debe ser tipificado como complicidad primaria. En el expediente N° 3086-99-Lima, del seis de octubre de mil novecientos noventa y nueve señaló:

“Los elementos que caracterizan la categoría del cómplice primario son a) la intensidad objetiva del aporte al delito, b) El momento en que se realiza el aporte. Teniendo como base este segundo supuesto, la colaboración propia de la complicidad primaria se da en la fase preparatoria del hecho delictivo”.

g) Perjuicio patrimonial

Asimismo, según la Ejecutoria suprema del 13 de marzo de 2003, Exp. N° 3858-2001-La Libertad, para configurarse el delito de peculado es necesario que con la conducta de apropiación o utilización de los bienes públicos, por parte del agente, se haya causado perjuicio al patrimonio del Estado o una entidad estatal. “En el delito de peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa, se sanciona la lesión sufrida por la administración pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes; despojo que es producido por quienes ostentan el poder administrador de los mismos, como son los funcionarios o servidores públicos, quienes al incumplir el mandato legal que establece el destino que debe darse a tales bienes, permiten que el Estado pierda su disponibilidad sobre el bien y este no cumpla con su finalidad propia y legal”.

1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Para explicar metodológicamente el delito de peculado en el contexto de nuestro ordenamiento penal, consideramos necesario precisar que, a diferencia de otras investigaciones sobre la materia existentes en donde la bibliografía de autores extranjeros es abundante, en el tratamiento del tema me referiré fundamentalmente a la doctrina y jurisprudencia peruana, toda vez que la redacción del tipo penal 387° del Código Penal es diferente a los tipos penales de los códigos foráneos. Así, por ejemplo, en el Perú los verbos rectores del tipo penal son apropiarse y utilizar, en tanto que en el Código Penal de Argentina el verbo rector es sustraer. Igual, el artículo 432° del Código Penal español utiliza el verbo rector sustrajere. De ese modo, el Código Penal español de 1995 tipifica el delito de peculado que, con ánimo de lucro sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo de lucro, sustraiga caudales o efectos públicos, que tenga a su cargo por razón de sus funciones.

También en el Código Penal español no existe la figura delictiva de peculado culposo como si existe en el Código Penal peruano.

Ello sustenta aún más nuestra posición: al analizar el contenido de nuestro Código Penal y pretender aplicarlo al caso concreto debemos tomar como referencia principal la doctrina y jurisprudencia peruana, caso contrario, caemos en tremendos errores al pretender hacer interpretación de la Ley nacional con comentarios que hacen los juristas foráneos de sus propios códigos penales. En tal sentido, citando a autores argentinos, españoles o italianos se harán en forma limitada y quizá solamente para efectos de hacer derecho comparado.

Sin embargo ello no significa que no tomemos interés ni se conozca la doctrina extranjera. Esta siempre es importante para conocer la concepción doctrinal que inspira y fundamenta nuestro sistema penal y conocer como está legislado en otros países el

tema que se trata y orientar el conocimiento del derecho penal a la universalización de sus conceptos centrales.

La teoría de la infracción de deber o *Pflichtdelikte*, fue formulada por Claus Roxin (1963), en su obra “Autoría y dominio del hecho”, la problemática gira en torno a cómo deben de aplicarse las reglas de autoría y participación en esta clase de delitos, situación que no fue del todo clara por Roxin en su obra y que posteriormente trajo consigo críticas tanto a favor como en contra, y es en su natal Alemania, que la polémica ya se presenta desde fines del siglo XIV, cuando en la ejecución de los hechos intervienen sujetos que reúnen la cualidad exigida por el tipo penal (*intranei*), como otros que no la poseen (*extranei*).

Y es esta la cuestión que dividió a la doctrina alemana y luego a la hispanoamericana. La intervención del *extraneus* en los delitos especiales causó una gran preocupación en el sistema jurídico alemán, llegando a soluciones como la impunidad del *extraneus* y en muchos casos también la del *intraneus*, o tratar como autor al *extraneus*.

Fue gracias a Roxin, que los delitos de infracción de deber adquieren protagonismo en la doctrina alemana. Pero no es hasta antes de la publicación de su obra que ya varios autores se dedicaron al estudio sobre el tema.

El gran jurista Aller, Germán (Uruguay, 2016), en su obra “Delito de infracción de deber”, trata de explicarnos el origen de esta teoría y como así, fue evolucionando en su aproximación a lo que hoy conocemos, delitos de infracción de deber. Su obra de gran importancia, recopila trabajos de diversos autores, las cuales fueron publicadas mucho antes que la obra de Roxin, de las cuales sirven de base al presente trabajo, se cita a varios autores para un mejor análisis y comprensión.

Es el caso de Hegler (1915), en su monografía titulada “Elementos del delito” y tiempo después la publicación de un artículo en homenaje a Richard Schmidt, en el año

1932. Goldschmidt (1930), en su obra “Teoría de la culpabilidad normativa”, utiliza dicho concepto, al tiempo de expresar que las normas de deber dan el límite extremo de las exigencias puestas a la motivación, o sea la ‘exigibilidad’.

Otro tema de gran interés es sobre los llamados delitos imprudentes, aquellos delitos donde se incumplen un deber de cuidado, un punto en común entre los delitos imprudentes y los delitos de infracción de deber, es que estos últimos pueden ser realizados por una conducta imprudente del intraneus. En los delitos de deber de cuidado se excluye solamente la culpabilidad cuando no se incumple el deber en cuestión, en tanto que en los delitos de infracción de deber si no se produce dicha contrariedad se excluye la autoría y no son punibles las acciones que no sean típicas ni las atinentes al deber de cuidado. Los delitos imprudentes presentan aspectos que no son subsanables a través de la teoría del dominio del hecho.

Kaufmann (1959), abordó el tema de la omisión, y los problemas que estos representan. Para este autor, la omisión no parece apropiada para determinar la autoría según el dominio del hecho de quien omitió el hecho. La omisión es no cumplir lo que se espera jurídica y socialmente de alguien que puede actuar solidariamente o cuando menos, de forma positiva y no lo hace.

Tanto los delitos imprudentes y los de omisión abrieron un nuevo debate sobre la teoría del dominio del hecho y su aplicación no resultaba del todo adecuada. Los delitos especiales históricamente se referían a conductas propias de funcionarios y militares, claramente identificables y poseedores de investidura cuyas infracciones eran percibidas como graves.

El gran jurista alemán Binding (1922), hablaba de dos derechos penales: uno general y otro especial regidos por normas de esos órdenes. Así, las normas generales concernían a todos los sujetos a un poder legiferante y esos delitos eran cometidos por quienes poseían una capacidad general para delinquir. En tanto que las normas

especiales eran para determinados grupos como los funcionarios estatales y, dentro de ellos, particularmente los policías y militares, además de los empresarios.

El fundamento de Binding, se acerca al concepto que desarrollo Roxin más adelante en su obra. Fue tal el aporte de Binding que al hablar de dos derechos penales, hacia una división de sujetos, para ser tratados como autores, y los requisitos que el proponía en referencia a los delitos especiales es la capacidad de acción y una determinada cualificación del autor.

Años atrás Feuerbach (1801), conceptualizo el tema de los delitos propios e impropios, como una división de los delitos especiales, remarcando la existencia de ciertos delitos válidos respecto de personas con un especial estatus en la órbita del Estado, a los que denominó *delicta propria* en contraposición a los comunes o *delicta comuna*.

Existen derechos que están fundados frente al ciudadano como tal, pero también derechos que valen únicamente frente a los que ocupan cierta posición dentro del Estado, de lo que se deduce la distinción entre crímenes comunes (del ‘*communia*’) y especiales (del *propria*). En el tratamiento a los delitos especiales, expresó: Las violaciones de las cargas funcionales son, en general, acciones (positivas o negativas) de funcionarios públicos, que lesionan ciertas obligaciones especialmente asumidas con la asunción del cargo.

También Langer trabajó sobre lo que tildó como “delito especial” y, por su parte, Kaufmann —no llegando a ese punto— en su artículo en homenaje a Ulrich Klug se refirió al fundamento del deber jurídico en relación a la tipicidad mediante los mandatos. Por tanto, sin ahondar más, el delito especial propio es de larga data y ha seguido un proceso pausado derivando en un tramo de lo que se entiende actualmente como delito de infracción de deber.

2.- MARCO TEÓRICO

2.1. Etimología, concepto y definición

El término “funcionario” como autor del delito de infracción de deber, etimológicamente procede del verbo neutro intransitivo “funcionar” y del sufijo “ario” que indica profesión, oficio, cargo, quehacer y empleo. Según la Real Academia Española (RAE), funcionario es la persona que desempeña profesionalmente un empleo público, jerárquico, particularmente el estatal.

Para Salinas Siccha, Ramiro (2016), la administración pública es toda actividad que realizan los funcionarios y servidores públicos con la finalidad de materializar el objetivo final del Estado. Esta se organiza por la organización, leyes, reglamentos y directivas que deben ser observadas y cumplidas por los funcionarios o servidores públicos en el desempeño de sus labores y actividades. El quebrantamiento de aquellas normas acarrea responsabilidad administrativa, civil o penal.

Sin embargo el concepto de “servidor público” tiene en nuestro ordenamiento legal identidad de significado con la frase “empleado público”. Atendiendo a la finalidad abstracta de la función (entendida esta como la concreción objetiva de los planes o lineamiento del estado) se tiene que, tanto el funcionario y el servidor público sirven al Estado para el cumplimiento de sus fines.

Para Bacacorzo, Gustavo (2002), según la opinión mayoritaria, existen diferencias y están en el hecho de que el servidor no representa al Estado, trabaja para él pero no expresa su voluntad; el servidor se relaciona con la administración estatal mediante contratación; el empleado o servidor público es agente sin mando, que brinda al Estado sus datos técnicos o profesionales para tareas o misiones de integración y facilitación de la de los funcionarios públicos.

En definitiva un empleado no ejerce función pública y se halla en situación de subordinación en relación a los funcionarios. Debiendo tenerse en cuenta que el término de empleado público es idéntico en significado al de servidor público.

En ese orden de ideas y como cultura general en Derecho Penal, resulta trascendente indicar que el término “peculado” proviene de dos latinazgos: *pecus* que significa ganado y *latus* que significa hurto. En consecuencia, etimológicamente significa “hurto de ganado”. En Roma, cuando el ganado era el bien máspreciado junto a la tierra, servía como medio de cambio comercial y definía el estatus socioeconómico de los ciudadanos. En la Republica ya se utilizó el término peculado para indicar el hurto de cosas de valor. Es en el Imperio romano donde se llega a utilizar la frase *criminis peculatus* que hace referencia al hurto de dinero o bienes públicos. Esta última definición es la que ha prevalecido hasta nuestros días.

Para la Real Academia Española (RAE), define al peculado de la siguiente manera: en el antiguo derecho y hoy en algunos países hispanoamericanos, delito que consiste en el hurto de caudales del erario, cometido por aquel a quien está confiada su administración.

a) El concepto de funcionario público en el ordenamiento jurídico peruano a efectos administrativos

El Capítulo IV de la Constitución Política del Perú titulado “De la función pública” donde se refiere a los funcionarios y trabajadores públicos.

El artículo 40° de la constitución establece quienes no se encuentran comprendidos en la denominada carrera administrativa. Sin

embargo, la carrera administrativa no engloba a la totalidad de los funcionarios públicos. En efecto, es interesante verificar que en el Perú el régimen laboral público encuentra su regulación no solo en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público (Decreto Legislativo N° 276), sino también en el Decreto Legislativo N° 728, y en el régimen especial de contrataciones Administrativas de Servicios (CAS), regulado por el Decreto Legislativo N° 1057.

De esta manera, todos los que forman parte de estos regímenes serán considerados funcionarios públicos a efectos laborales.

b) El concepto de funcionario público a efectos penales

Citando a Donna (2005), refiere que el concepto de funcionario público es “(...) eminentemente jurídico y debe ser sacado de la estructura del derecho como tal”. Cabe señalar que diversos autores aceptan la premisa de que la calidad de “funcionario público” del autor es un elemento normativo del tipo, es decir que se requiere que el operador jurídico utilice otras normas del ordenamiento jurídico para su entendimiento.

Nuestro Código Penal no establece una definición de lo que es funcionario público en la que se establezca como requisito la participación de la función pública resulta factible señalar que dicha participación se desprende de los incisos que integran el artículo 425° del citado cuerpo normativo.

A su vez, el Código Penal en su artículo 425° contempla las personas a la que la ley penal considera funcionarios o servidores

públicos. Se trata de una ficción efectuada por el legislador, para utilizarla únicamente a efectos penales, pues el concepto de funcionario o servidor público referido, no es coincidente con el concepto empleado por el Derecho Administrativo, siendo ésta una norma de reenvío.

Una vez estudiado el concepto de “funcionario público” a efectos administrativos y a efectos penales, es oportuno establecer la importancia y diferencia al momento de determinar responsabilidad funcional.

Como sostiene Javato, Martin (2011), mientras que al Derecho Administrativo “(...) le interesa la regulación del estatus funcional, derechos y deberes de estos sujetos, su retribución, la relación entablada entre la administración pública y sus agentes, el Derecho Penal atiende a la protección de la función pública, intenta salvar su correcto funcionamiento frente a conductas provenientes tanto del propio funcionamiento como de terceros ajenos a aquella”.

2.2. La teoría de infracción de deber

2.2.1. Los delitos de infracción de deber según Claus Roxin

Después de conceptualizar la figura “funcionario público” en nuestro ordenamiento jurídico, como autor de los delitos contra la Administración Pública, corresponde ahora señalar que esta clase de delitos son considerados como delitos de infracción de deber. Así, el VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, a través del Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, señala que determinados tipos legales se forman a partir de la infracción de deber especial que le corresponde al

autor, lo cual resulta una “(...) característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos”.

La teoría de los delitos de infracción de deber, fue planteada por el ilustre jurista Claus Roxin (1963), en su obra titulada “Autoría y dominio del hecho”. Roxin, desarrolló la infracción de deber como criterio para determinar y delimitar la autoría, el autor es la figura central en la realización del hecho delictivo, el partícipe es solo una figura accesoria que contribuye al hecho del autor mediante una intervención motivacional o ayudándolo.

Siguiendo la óptica de Roxin, la figura central del evento criminal en el que intervienen varias personas será quien lesione el deber especial previo al tipo y, de esa forma, contribuye al resultado por acción u omisión. Es irrelevante en esta clase de delitos la teoría de demonio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado.

De este modo, Pariona Arana, Raúl (2011), señala que la característica distintiva de la teoría de los delitos de infracción de deber de Roxin es la naturaleza del deber especial, cuya infracción convierte en autor al obligado especial, lo que fundamenta la autoría no es el deber general que surge del tipo penal cuya “infracción provoca la sanción prevista en el tipo”, sino un deber especial que no recae en todas las personas.

Para Roxin, este es un deber extrapenal, los deberes especiales están antepuestos en el plano lógico a la norma penal y se originan en otros ámbitos del Derecho, como por ejemplo; cita Pariona Arana, deberes de funcionario público (Derecho Público), los deberes de

reserva o secreto de ciertas profesiones o los deberes de fidelidad en la administración de patrimonios ajenos (Derecho Civil).

En ese sentido, los “especialmente obligados” se distinguen entre los demás intervinientes por la relación especial que guardan con el contenido del injusto del hecho y que el legislador solamente por esta posición de deber le considera la figura central del evento y con ello como autor.

En la misma línea, Salinas Siccha (2016), nos dice que para diferenciar a la teoría del dominio del hecho con la teoría de infracción de deber, resulta necesario afirmar que según la teoría del dominio del hecho, es autor quien domina el evento que lleva a la realización del delito, en tanto que si bien el partícipe interviene e influye en la comisión del suceso criminal carece del dominio del hecho.

La contribución del partícipe no es determinante para la realización del delito. En cambio, en la teoría de los delitos de infracción de deber, el autor o figura central se concretiza en el criterio de la “infracción del deber”.

De esta manera, autor es aquel sujeto que ha infringido un deber especial que, obviamente, no le alcanza a todas las personas, sino a aquellos sujetos calificados que pueden cometer estos delitos. En consecuencia, en los delitos contra la administración pública, los sujetos públicos tienen deberes como por ejemplo; el deber de lealtad, de cautelar, proteger, e impulsar el correcto funcionamiento de la administración pública.

Siguiendo el aporte de Abanto Vásquez, Manuel (2004), con respecto al autor y partícipe en los delitos contra la administración

pública, el hombre de atrás intraneus es el autor (mediato), mientras que el hombre de adelante, extraño o solo cómplice (por carecer de la cualificación típica).

De ello, se concluye que el intraneus es autor mediato puesto que lo que hace es realizar la acción típica “a través de otro”, infringiendo personalmente su deber especial. En cambio, aunque tenga el “dominio del hecho”, el extraneus es sólo un cómplice; él no puede ser autor, porque no está vinculado al deber especial y, por lo tanto, no puede lesionarlo.

El aporte de la teoría de infracción de deber ofrece sin duda una solución dogmática acerca de la delimitación de las formas de intervención en aquellos tipos penales que presuponen deberes especiales de carácter penal. La aplicación de esta teoría en nuestro ordenamiento jurídico, significó un gran avance en materia penal, en donde la teoría del dominio del hecho no resultaba aplicable razonablemente.

2.3. El delito de peculado

El delito de peculado se encuentra tipificado en el artículo 387° del Código Penal de la siguiente manera:

Artículo 387° del Código Penal

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Cuando el valor de lo

apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.

Para Rojas Vargas, Fidel (2003), el delito de peculado sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le están confiados por razón de su cargo. Para atribuir la responsabilidad a una persona por el delito de peculado nuestro ordenamiento no sólo exige que el sujeto activo tenga la condición de funcionario público, sino, además, que ostente un vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado.

De la misma manera Abanto Vásquez, Manuel (2003), sostiene que el sujeto activo del peculado es un funcionario público con competencia funcional específica, la administración, la percepción o custodia de bienes públicos debe estar confiada en razón de su cargo. El bien jurídico objeto de tutela mediante el

tipo penal de peculado solamente puede ser afectado cuando el funcionario público ataca el patrimonio del Estado, violando el deber específico que tiene con este.

El jurista colombiano Cancino Moreno, Antonio (1983), sostiene que el peculado, cualquiera sea la clase, solo puede ser cometido por un empleado público en ejercicio de sus funciones encomendadas por ley, reglamento, contrato u órdenes específicas especialmente impartidas por quien tiene autoridad para hacerlo. Las dos exigencias, esto es, la del título empleado y la de actuar dentro de la órbita de su competencia son inseparables e inmodificables.

La vinculación funcional resulta un elemento o núcleo de la tipicidad imprescindible para subsumir una conducta en la figura de peculado, a efectos de no ampliar de manera arbitraria el marco de imputación por autoría. La vinculación funcional cumple una doble misión: en primer lugar sirve para restringir o limitar el número de autores, circunscribiéndolo solo a aquellos que posean los bienes públicos por razón de su cargo, excluyendo de cualquier hipótesis de autoría a los que no gozan de tal relación funcional y, en segundo lugar, ésta exigencia constituye un límite que debe ser advertido por jueces y fiscales, de lo contrario de atentaría contra el principio de legalidad, en el ámbito del mando de determinación de las normas punitivas.

Para el Roxin, Clauss (1998), el delito de peculado constituye un delito especial y de infracción de deber vinculado a instituciones positivizadas. Es un delito especial porque formalmente restringe la órbita de la autoría a sujetos cualificados.

De la misma manera Quinteros Olivares, Gonzalo, citado por Reaño Peschiera, José Leandro (2004), pero se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal en concepto de autor no radica

en el dominio sobre el riesgo típico, sino que reside en el quebrantamiento de un deber asegurado institucionalmente y que afecta sólo al titular de un determinado status o rol especial.

Teniendo en cuenta, que el peculado es un delito de infracción de deber, Claus, Roxin (1963), el jurista alemán define, en base a criterios materiales de imputación a los delitos de dominio y a los delitos de infracción de deber. A los primeros la responsabilidad penal se les atribuye en función del dominio normativo del riesgo de poder afectar a terceros mediante la administración defectuosa del propio ámbito de organización y de ámbitos ajenos cuya gestión ha sido asumida, a los segundos la responsabilidad penal se les atribuye por el incumplimiento de deberes positivos que dimanen de las instituciones nucleares de la sociedad.

A la vez, el también reconocido jurista alemán, Günther, Jackobs (1995), redefine los fundamentos de delimitación de la autoría propuesto por Roxin, concibiéndose los delitos de dominio como infracción de competencias en virtud de organización y a los delitos de infracción de deber como quebrantamiento de competencias institucionales.

El profesor Rueda Martín, María Ángeles (2002), agrega que, en los delitos de infracción de un deber, los autores están obligados, en tanto que garantes, a la tutela institucionalmente asegurada de un bien, de modo que para el tipo, el delito de infracción de un deber un dominio del obligado es irrelevante; el obligado es siempre autor y ello con independencia de si ostenta o no el dominio del hecho.

Se afirma, según Donna, Edgar Alberto (2002), que en cuanto a esta clase de delitos no tiene importancia la cualidad externa de la conducta del autor, debido a que la sanción se afirma sobre una persona que infringe las exigencias

que tiene, que se derivan del papel o del rol social que desempeña. De esta manera, no es el dominio del hecho el criterio para definir quién es autor, sino que es la infracción de un deber extrapenal que esta lógicamente preordenado a la ley, ya que procede de otros ámbitos jurídicos.

En virtud que la sanción prevista en el tipo se funda en la inobservancia de un deber especial, poco importa que la infracción sea por acción o por omisión. Por ello puede sostenerse en general que funcionario público es quien ocupa un status especial y tiene un deber de garante para con la sociedad y el Estado, de suerte que debe de evitar la lesión de los intereses de la administración pública.

Siguiendo esta vez a Jakobs, la autoría de por este delito, se funda en la infracción de un deber vinculado a instituciones positivas la que derivan de su condición de funcionario público con vínculo funcional con los causales o efectos públicos frente a la administración pública, por ello, aquí el deber se dirige al obligado especial, no para que simplemente “no dañe”, sino para que “fomente y mantenga seguros los bienes situados bajo su esfera jurídica frente a las amenazas ajenas de peligro o de lesión”. Es decir, en este delito entre el funcionario y los caudales situados en su esfera jurídica existe una relación de corte institucional que lo sujeta a un mundo común donde actúa como portador del deber positivo de administrar y custodiar los bienes del Estado.

En esa perspectiva, Abanto Vásquez, Manuel, refiere que en los delitos de infracción de deber, la idea del dominio del hecho no rige como criterio para determinar la conducta típica de autoría, sino-en esencia- el quebrantamiento del deber extrapenal. El fundamento material de la limitación de la autoría en los delitos especiales, como el peculado, se basa en el ejercicio de una función específica, que determina una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente para su ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados en el

ejercicio de aquella función., y que Gracia, Martín, la ha llamado “relación de dominio social”.

Según, Gracia, Martín (1986), el “dominio social”, es definido como la posibilidad normativa de ejercicio de dominio del hecho y constituye un criterio rector de interpretación. Su concreción se da a través de los siguientes criterios normativos:

- a) El dominio social como –accesibilidad al bien jurídico; en los delitos contra la administración pública los bienes jurídicos que se protegen no se hallan en un espacio social accesible a todos, sino que desempeñan una concreta y específica función social dentro de unas estructuras sociales o institucionales “cerradas” a la que no tienen acceso legítimo todos los individuos.
- b) La implicación del bien jurídico en el ejercicio de una función social derivada de un status personal; es decir, cuando el sujeto ejercita una función determinada en el ámbito de sus competencias ostenta el dominio social, y en consecuencia controla también la estructura social o institucional en la que se encuentra el bien jurídico por lo que tiene la posibilidad de llevar a cabo aquellas acciones adecuadas para lesionarlo o ponerlas en peligro de un modo típico.
- c) Las características de la acción típica de dominio social; la lesión penalmente relevante al bien jurídico solo puede tener lugar mediante acciones realizadas en el curso del ejercicio de la función, la cualidad específica de la acción típica es esencial al ejercicio de la función, cuyo monopolio ostentan solo una determinada clase de sujetos.

Por ello, sólo quien sea funcionario público y tenga, además, la vinculación funcional por razón del cargo con los fondos o efectos públicos

deberá de estar en la posibilidad real o potencial de vulnerar los deberes funcionariales para efectos de imputarle la autoría de ese delito.

2.4. Definición y estructura típica del delito de peculado

El artículo 387° del Código Penal vigente, establece en primer lugar la acción dolosa en el delito de peculado, al señalar que “El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo...”; en segundo lugar, la acción culposa se traduce en el comportamiento negligente del sujeto activo, describiéndolo como “Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos...”; concluyendo en tercer lugar, que las acciones dolosas y culposas admiten circunstancias agravantes precisamente en la importancia especial de la finalidad publica para lo cual estaban destinados los bienes “Si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social...”; (forma de circunstancia agravante incorporada por Ley N° 26198 del 13 de junio de 1993).

Para la existencia del delito de peculado como lo hacen referencia Guimaray Mori, Erick y Hassenteufel Salazar, Oscar (2015), no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa.

Como lo dice Rojas Vargas, Fidel, es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir; aquella disponibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace

referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública.

Todo aquello, nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos enseña a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son; en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal:

- a) Existencia de una relación funcional, entre el sujeto activo y los causales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.
- b) La percepción, no es más que la acción de captar o recepcionar causales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita.

La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción.

La custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

- c) Apropriación o utilización, en el primer caso estriba en hacer suyo causales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso, utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.
- d) El destinatario, para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose el mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otros, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.
- e) Caudales y efectos, los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

2.4.1. Respecto a la conducta culposa

Es de precisar que, Caro John, José Antonio (2003), sobre dicha figura, que esta no referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los causales o efectos, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público.

Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho), un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de

los bienes sustraídos, no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente.

En el peculado culposo debe tenerse en cuenta: “la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público” como elementos componentes típicos de esta figura penal, describiéndolos como:

- a) La sustracción: entendiéndosela como el alejamiento de los causales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público.
- b) La culpa del funcionario o servidor público: culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito cuando éste no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al termino impreciso de pérdidas), vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público.

2.5. El delito de peculado como delito de infracción de deber

Es pertinente referirnos a la categoría de los delitos de infracción del deber, postulada por primera vez por Claus Roxin (1963), hace más de 50 años. Roxin en su planteamiento original distinguió los delitos de dominio del hecho de los delitos de infracción de deber, en relación a los delitos de infracción del deber sostuvo que estos se caracterizaban porque la autoría de la realización del

tipo penal no depende del dominio del hecho, sino de la infracción de un deber que incumbe al agente relacionándolo con los delitos especiales –aquellos que requieren, para poder ser autor, una específica cualificación en el sujeto- y los delitos de omisión, aquellos que se refieren a la no verificación de una determinada conducta, en ese sentido, se realizan si tiene lugar una conducta diferente a la prevista, es necesaria la pasividad.

Para el profesor Quintero Olivares, Gonzalo (2004), el delito de peculado sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le están confiados por razón de su cargo.

A la vez, Rojas Vargas, Fidel, para atribuir la responsabilidad a una persona por el delito de peculado, nuestro ordenamiento jurídico no solo exige que el sujeto activo tenga la condición de funcionario o servidor público, sino, además, que ostente un vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado, así pues, constituye un delito especial y de infracción de deber vinculado a instituciones positivizadas; siendo “un delito especial porque formalmente restringe la órbita de la autoría a sujetos cualificados, pero se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal en concepto de autor no radica en el dominio sobre el riesgo típico, sino en el quebrantamiento de un deber asegurado institucionalmente y que afecta al titular de un determinado status o rol especial”.

En otras palabras, a efectos de distinguir a la teoría del deber con la teoría del dominio del hecho, es pertinente señalar que en la teoría de los delitos de infracción de deber, el autor se materializa en el criterio de la infracción del deber, mientras que en la teoría del dominio del hecho, será calificado de autor quien domina el suceso que acarrea la realización del delito, y aquí, respecto al participe si bien interviene en la comisión del hecho criminal, carece del dominio

del hecho, por lo que su contribución no es determinante para la realización del delito.

En ese sentido, Torres Alzamora, Juan (2010-2011), advierte que en los delitos contra la administración pública, tipificados en nuestro Código Penal, autor es aquel individuo que ha quebrantado un deber especial —el cual no repercute a todas las personas—. El sujeto principal del hecho delictivo, donde participan más de una persona, será quien vulnere el deber especial previsto en el tipo penal y, así favorezca al resultado por acción u omisión. “Aquí son irrelevantes el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado”.

2.5.1. De la imputación objetiva y el principio de confianza

En el marco de la teoría de la imputación objetiva se produce una reformulación del juicio a una restricción, sobre la base de criterios normativos que apuntan a una restricción del tipo penal. Según la cual, solo puede resultar objetivamente imputable un resultado, si la acción ha creado una puesta en peligro jurídicamente prohibida del objeto de acción protegido y el peligro se ha realizado en el resultado típico.

Jescheck/Weigend; citado por Cancio Meliá, Manuel (1982), de los elementos definidores de la imputación objetiva es el denominado principio de confianza. Un Estado Social de Derecho, supone que sus ciudadanos reconocen y han hecho suyas las normas sociales y jurídicas necesarias para la convivencia inter-social; en base a tal concepción, los ciudadanos tienen pues la confianza de que sus pares van a amoldar sus ámbitos organizativos con sujeción a dichas normas y este es el fundamento de la vigencia fáctica de las mismas.

Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl (2011), empero manifiesta que, se puede responder únicamente por las conductas que se encuentra dentro del propio ámbito de competencia, porque no forma parte de la función de un ciudadano controlar todos los posibles peligros que pueda originar la conducta de un tercero.

Cada individuo deberá comportarse conforme al rol que asume en una determinada relación social; la conformación de determinadas actividades sociales, depende de la actuación simultanea de varias personas, cada una de ellas deberá realizar su prestación de forma correcta, por consiguiente, una prestación deficitaria solo podrá atribuirse a ellas y no al resto de participantes.

No cabe imputación a la conducta cuando el sujeto obra confiado en que los demás actuaron dentro de los límites del riesgo permitido; como por ejemplo, el cirujano espera que el material quirúrgico que emplea en una intervención haya sido esterilizado por el personal de enfermería. Así las cosas, en ejercicio del rol se identifican con el cumplimiento de la norma, en ese sentido, es lógico concluir que el quebrantamiento del rol es la llave que abre la puerta de par en par a la imputación penal sobre la base de la infracción de una norma jurídica. La imputación objetiva es, pues, en esencia una defraudación imputable de las expectativas sociales, correlativamente con la concepción de la norma como modo de orientación de conductas y como fundamento estabilizador de expectativas sociales.

2.5.2. De la figura del autor y participe en los delitos de infracción de deber

2.5.2.1. Autoría en el delito de peculado

De la lectura del tipo penal 387° del Código Penal se concluye que no estamos ante un delito especial, como señala la doctrina, sino que se trata de un delito especialísimo. O mejor, ante un delito especialísimo de infracción de deber. Aquí, además debe exigirse que el agente cuente con la condición de funcionario o servidor público, se exige cuente también con una relación funcional ineludible con los efectos o caudales del Estado objeto del delito.

De esta manera, Portocarrero Hidalgo, Juan (1996), señala que es lugar común en la doctrina considerar que tanto en el peculado doloso como culposo solo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne en su persona la relación funcional exigida por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla a interior de la administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional), en percepción, custodia o administración de los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otro.

Para Abanto Vásquez, el funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley, reglamentos, directivas u órdenes de autoridad competente en razón del cargo que desempeña. No basta que el funcionario disponga de los bienes públicos que coyuntural u ocasionalmente le encomendaron.

La Corte Suprema tiene claro este aspecto. Prueba de ello es la atinada Ejecutoria Suprema del 18 de julio de 2011 que declaro no haber nulidad de la sentencia condenatoria del ex

presidente Alberto Fujimori por el delito de peculado doloso por apropiación. Allí, ante el argumento de la defensa que a su patrocinado no le correspondía el título de autor del delito de peculado, se consideró que “el vínculo con los fondos públicos apropiados se desprende claramente de la disponibilidad jurídica que sobre los mismos ejerció el procesado Fujimori como administrador de la Hacienda Pública, evidenciando a través del instrumento legal –Decreto de Urgencia- que se empleó para concretar la desviación de los mismos, cuya dación constituye una prerrogativa exclusiva a su cargo como Presidente de la Republica, conforme lo establece el artículo 118° de la Constitución Política de la Nación, y aun cuando con el mismo se haya autorizado el pliego del Ministerio de Defensa a utilizar dichos fondos públicos para un fin estatal falso, que de antemano había sido concertado con sus ministros como el medio para conseguir la desviación privada de los caudales públicos que fueron a parar a manos de Montesinos (R.N. A.V. 23-2001-09-Lima)”.

Por otro lado, el particular o extraneus, el usurpador del cargo ocasional en contraposición a normas internas, así como el funcionario o servidor público que no tenga vinculo funcional con los bienes públicos objeto de apropiación o uso indebido, no serán autores del delito de peculado, sino serán autores de otro delito común o en su caso, partícipes del delito de peculado cometido por un funcionario o servidor público que si tiene relación funcional con el objeto del delito.

No debemos soslayar que siguiendo la teoría de los delitos de infracción de deber de Roxin, solo pueden ser autores aquellos sujetos que infringen el deber funcional especial penal, los demás que participan con él, solo pueden ser partícipes del delito de peculado.

El autor argentino Bacigalupo, Enrique (1999), respecto a los delitos especiales, afirma que hay ciertos delitos que solamente pueden ser cometidos por un numero limitados de personas que tienen las características especiales requeridas por la ley para ser autor, se trata de delitos que importan la violación de una norma especial, por lo que resulta claro sostener que el funcionario público es quien ocupa un status especial y tiene un deber de garante para con la sociedad y el Estado, de suerte que debe de evitar la lesión de los intereses de la administración publica.

La complicidad está regulada en el artículo 25 de nuestro Código Penal, y describe:

“El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiera perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena. El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurran en él.”

En este punto, debemos destacar que este precepto legal evidentemente tiene como fundamento la teoría del dominio del

hecho, conforme lo esgrimido en el considerando precedente, pues respecto a la participación, toma la tesis de la accesoriedad de la participación, es decir, que la participación es factible cuando existe realmente un hecho cometido por un autor, toda vez que, la complicidad no contiene autonomía típica propia o estructura delictiva a la desplegada por el autor del hecho punible, por lo que la unidad del título imputativo deberá ser la que le corresponda al autor (unidad del título de imputación).

De esta forma, Abanto Vásquez, Manuel (2003), establece que, la complicidad es conceptualizada como la cooperación a la realización de un hecho punible cometido, dolosamente, por otro; o, lo que es lo mismo, como el prestar ayuda a un hecho doloso de otro. El cómplice carece de dominio del hecho, que solo es ejercido por el autor del delito. Por otro lado, el dolo del cómplice radica en el conocimiento de la clase del hecho al cual coopera, saber que es un hecho injusto y el reconocimiento de prestar la colaboración; la ayuda prestada sin conocimiento no es complicidad.

Ahora bien, para Amoretti Pachas (2003), la complicidad ha sido clasificada en primaria y secundaria, la diferencia entre ambas es el tipo de aporte prestado por el cómplice, podrán ser considerados actos de primaria, aquellos actos que sean esenciales o vitales para que el autor pueda cometer el delito, mientras que la complicidad secundaria se conforma por cualquier contribución, que no sea esencial para la comisión del delito; vale decir, estos aportes no son indispensables. Con el fin de determinar la responsabilidad penal como cómplice primario o secundario,

corresponderá analizarse si la conducta desplegada por el imputado, en cada caso concreto al cooperar o prestar colaboración ha constituido un aporte que contenga el elemento subjetivo del dolo.

De la misma manera Salinas Siccha, Ramiro, establece que la diferencia entre complicidad primaria y secundaria es creación de la teoría del dominio del hecho, en la cual es vital establecer el aporte brindado por el partícipe al autor en la comisión del delito.

En tal sentido, en los delitos especiales, no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 25 del Código Penal que dispone que al cómplice o cooperador primario, se le impone la misma pena que al autor y al cómplice secundario se le disminuirá prudencialmente la pena. Claus Roxin, luego de elaborar el criterio del dominio del hecho para imputar a una persona la condición de autor del delito, de “señor del hecho”, o “figura central del suceso acaecido”, desarrolla el criterio de la infracción del deber para identificar al autor en ciertos delitos en los que no es aplicable el principio del dominio del hecho, pues la autoría se fundamenta en la infracción de un deber.

Del análisis de los delitos contra la administración pública, podemos indicar que no todos son delitos especiales, pues existen también delitos comunes como por ejemplo el delito de tráfico de influencias. Por supuesto, que cuando se trata de delitos comunes la teoría del dominio del hecho debe ser utilizada para identificar o determinar quién es autor y quien es partícipe del delito –primario o secundario-; sin embargo, para la teoría de infracción del deber, todo aquel que sin tener la relación funcional con el Estado

participa en la comisión de un delito contra la administración pública, será simplemente cómplice, al igual que quien brinda su aporte en la etapa de preparación del delito.

2.5.3. De la complicidad en el delito de peculado

Para Rojas Vargas, Fidel (2016), la complicidad primaria en los delitos de función se produce, a diferencia de la colaboración secundaria, solo mediante aportes en fase de preparación del delito, pudiendo ser colaborador necesario o primario cualquier funcionario, servidor público o un particular; a diferencia de la cooperación secundaria, la cual se genera cuando las contribuciones del partícipe son ayudas accesorias o coadyuvantes a la preparación, ejecución o consumación del delito.

Para López Barja de Quiroga, Jacobo (2001), Vocal del Consejo General del Poder Judicial de Español, afirma que el cómplice solamente puede brindar su aporte esencial en la fase preparatoria, pues si este se produce en la fase ejecutiva se tratará de un coautor.

La Corte Suprema de Justicia ha determinado que el aporte necesario en la fase preparatoria debe ser tipificado como complicidad primaria. En el expediente N° 3086-99-Lima, del seis de octubre de mil novecientos noventa y nueve señaló: “Los elementos que caracterizan la categoría del cómplice primario son a) la intensidad objetiva del aporte al delito, b) El momento en que se realiza el aporte. Teniendo como base este segundo supuesto, la colaboración propia de la complicidad primaria se da en la fase preparatoria del hecho delictivo”.

Según López Peregrín, Carmen (1997), existen criterios dogmáticos jurídicos para determinar la importancia o la necesidad del aporte del cómplice a fin de calificarlo necesario o secundario:

- a) El colaborador insustituible, el acto de colaboración será necesario o imprescindible si ninguno de los que intervienen hubiera podido realizarlo en sustitución del colaborador, si es sustituible por algún otro partícipe, complicidad secundaria.
- b) Aportación imprescindible, si el autor hubiera tenido que renunciar a la ejecución del delito o aplazarlo hasta encontrar un colaborador, o esperar que un cambio de circunstancias hiciese necesaria la cooperación ajena, se trataría de complicidad primaria.
- c) Dominio funcional del hecho, la complicidad en el delito de peculado se da desde la etapa de preparación del hecho hasta antes de la consumación, siendo el cómplice primario o necesario, aquel que desde dicha etapa aporta al hecho principal, una contribución sin la cual el delito no hubiera sido posible de cometer; estando compuesta por dos elementos, a saber: i) la intensidad objetiva de su aporte al delito, vale decir que sin él, el hecho no hubiera podido cometerse, y ii) el momento en que realiza su aporte, el mismo que debe ser anterior a la ejecución y en algunos casos hasta durante la ejecución del mismo, pero en este último se debe verificar que no tuvo dominio del hecho, en tal sentido respondería como autor.

De lo precedentemente expuesto, es preciso indicar que en el delito de peculado –delito de infracción de deber- no habría lugar para la

coautoría, hay que destacar que la teoría de infracción del deber de Roxin, no acepta la coautoría que, ciertamente, es la consecuencia de la teoría del dominio del hecho.

Así las cosas, no puede concurrir la figura de coautoría porque como se trata de un delito de infracción de deber especial penal, resulta insostenible materialmente que dos o más funcionarios o servidores públicos acuerden sus voluntades para transgredir una parte del deber especial, teniendo en cuenta que, este es único y no es posible dividirlo materialmente.

En tal sentido, si dos o más funcionarios de una institución publica, se ponen de acuerdo para sustraer el patrimonio de la institución sobre el cual tienen la relación funcional de administración, y así la hacen, cada uno de aquellos funcionarios afectaría su deber personal de no lesividad del patrimonio público.

En definitiva, no puede sostenerse que en los funcionarios o servidores públicos ha concurrido un reparto de conductas para infringir un deber especial penal. Por lo tanto, si dos o más funcionarios o servidores públicos con relación funcional se apropian por ejemplo, de bienes del Estado, todos responderán a título de autores.

2.5.4. Del iter criminis del delito de peculado a efectos de determinar la autoría y participación del agente

El acuerdo plenario N° 4-2005/CJ/116, de 30 de setiembre de 2005, establece: “Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en

cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa.

Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto competencia funcional específica.

La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública. Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos especiales merecedores de protección jurídico-penal: i) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y ii) evitar el abuso del poder del que se haya facultado en funcionario o servidor público quien quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”.

2.5.5. Perjuicio patrimonial

Asimismo, según la Ejecutoria suprema del 13 de marzo de 2003, Exp. N° 3858-2001-La Libertad, para configurarse el delito de peculado es necesario que con la conducta de apropiación o utilización de los bienes públicos, por parte del agente, se haya causado perjuicio al patrimonio del Estado o una entidad estatal. “En el delito de peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa, se sanciona la lesión sufrida por la administración pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes; despojo que es producido por quienes ostentan el poder administrador de los mismos, como son los funcionarios o servidores públicos, quienes al incumplir el mandato legal que establece el destino

que debe darse a tales bienes, permiten que el Estado pierda su disponibilidad sobre el bien y este no cumpla con su finalidad propia y legal”.

Este aspecto es importante tenerlo en cuenta. La jurisprudencia nacional se ha orientado en ese sentido al punto que en todo proceso penal por peculado se exige la realización de una pericia técnica contable o en su caso, de valorización, por lo cual se evidencia el perjuicio patrimonial ocasionado al Estado. Si la pericia concluye que con la conducta del investigado no se ocasiono perjuicio patrimonial alguno, el delito de peculado no se verifica al faltarle un elemento objetivo.

En ese sentido, la ejecutoria suprema del 23 de setiembre de 2008 argumenta que “constituye ya una línea jurisprudencial definida, considerar acreditada la lesión al patrimonio público con la presentación positiva de la pericia técnica (valorativa o contable), es razón de que esta permite establecer la existencia de los bienes, apreciar el destino de los mismos y demostrar diferencias entre los ingresos y egresos de dinero; que, por tanto, de las conclusiones en ella contenidas y en la seriedad del análisis y evaluación técnica de los datos que la sustenta dependería la existencia del aspecto material del delito”.

Para la Rojas, Fidel, la importancia de la pericia valorativa resulta del hecho que según la Corte Suprema, primero permite determinar la existencia de los bienes públicos, segundo posibilita apreciar el destino de los mismos y tercero permite establecer la diferencia entre lo que ha ingresado con las salidas del patrimonio estatal. Si en la conducta rotulada como peculado que se atribuye al imputado no se verifica el elemento objetivo “perjuicio patrimonial”, la conducta será irrelevante penalmente por atípica.

La Dra. Barrios Alvarado, Elvia (2010), resalta que, siendo esta la interpretación jurisprudencial y la orientación de la doctrina mayoritaria, no es de recibo lo sostenido por Barrios Alvarado, quien sustentándose en la doctrina argentina argumenta que el peculado “es un delito contra la Administración Pública y no contra la propiedad: a consecuencia de que el servidor traiciona sus deberes, quebranta la correcta marcha patrimonial de la Administración Pública. Por ende, en razón de las consideraciones esbozadas respecto al bien jurídico, el perjuicio patrimonial no es exigible para la configuración de este ilícito penal”.

No hay forma de tipificar una conducta determinada como peculado sancionada en el artículo 387 del Código Penal, si no concurre el elemento objetivo del perjuicio patrimonial al Estado. Asimismo, el perjuicio patrimonial nada tiene que ver con el bien jurídico protegido, pues como lo vamos a ver más adelante, el patrimonio público no es realmente el bien jurídico que se pretende cautelar o proteger con el delito en hermenéutica jurídica.

2.5.6. ¿Es relevante la cuantía del perjuicio patrimonial?

El tipo penal 387° no hace referencia a cuantía alguna como lo hace el Código Penal español. Para nuestro sistema penal, así el perjuicio ocasionado al Estado se mínimo, igual se configura el delito de peculado. Así lo tiene establecido la jurisprudencia desde la aplicación del Código Penal de 1924.

En efecto, en la Ejecutoria Suprema del 21 de diciembre de 1990 (Exp. N° 808-90-Callao), se argumenta que “el delito de peculado es una figura delictiva específica, en la cual para su calificación como tal no se

tiene en cuenta el monto del desmedro patrimonial, por lo que no es procedente dada su cuantía considerarlo como falta”.

En el mismo sentido, la ejecutoria suprema del 3 de junio de 1991 (Exp. N° 1141-90-Loreto.), prescribe que “por la naturaleza del delito de peculado, el anterior Código Penal ni el actual cuerpo de leyes contemplan la cuantía de los caudales apropiados para considerar como faltas contra el patrimonio tal ilícito penal”.

En ejecutoria suprema mucha más reciente, de fecha 13 de enero de 2004, se considera con propiedad “que en nuestra legislación penal, en los delitos cometidos por funcionarios públicos –peculado- no se requiere establecer la naturaleza penal de los hechos en vía extrapenal, ya que él estos delitos no importa la cuantía de los caudales públicos o ilícitamente utilizados, configurándose este cuando los bienes estatales son usados para fines ajenos al servicio y realizados por funcionario o servidores públicos (Exp. N° 3682-2002-La Libertad)”.

Aquí cabe precisar que la Sala Plena de la Corte Suprema, por el Proyecto de Ley N° 4187/2010-PJ (Ingresado al Congreso de la República el 3 de agosto de 2010), propuso se modifique el contenido del artículo 387° del CP, para imponer una cuantía mínima al delito de peculado (2 unidades impositivas tributarias para el doloso y 2 remuneraciones mínimas vitales para el culposo).

En la exposición de motivos del citado Proyecto se argumentó que “el sistema penal no puede asumir cualquier conducta de apropiación de un bien por parte del funcionario, desplegando todos sus recursos, con abstracción del valor apropiado. Esto revela una actitud moralizante y demagógica por parte del legislador. Por ello se plantea que al igual que

en los delitos contra el patrimonio se establezca un límite cuantitativo para configurar el peculado como un delito, un criterio puede ser el de la remuneración mínima vital.

Ello no significa que la conducta del funcionario que se apropie de un bien, por debajo del límite, quede sin consecuencia alguna. Para ello, sirve el derecho administrativo disciplinario, cuya sanción mayor es la destitución del funcionario o servidor, sin desmedro de que devuelva el bien o el valor de lo apropiado”. Sin embargo, tal propuesta no caló en los legisladores.

Más bien la Comisión de Justicia, en su dictamen recaído en el citado Proyecto de Ley (de fecha 13 de abril de 2011), señaló que la Corte Suprema con su propuesta estaría “propiciando o induciendo a apropiaciones “pequeñas”. De ser así, donde queda la tesis de la infracción del deber, el peculado pasaría a ser un delito patrimonial...el criterio de costo económico de los bienes apropiados se ha utilizado en otras legislaciones penales, en el marco del peculado, para agravar la conducta, no para descriminalizarla o sugerir espacios de reconducción disciplinaria. Lo cual no implica que, en la práctica, las apropiaciones o utilidades de mínima entidad de bienes públicos, sean vistas bajo el principio de insignificancia o de bagatela, en el marco de interpretación del operador jurídico que siempre se reconduce (o debe hacerlo), en su análisis bajo la directriz del principio de lesividad para el bien jurídico...En este escenario de reforma del delito de peculado, se consideran no felices varias de las propuestas. Planteándose en cambio un texto sustitutivo que establece una circunstancia agravante cuando el valor de lo apropiado o utilizado exceda las diez unidades impositivas tributarias”.

Ante tal revés, la suprema corte retrocedió y en la exposición de motivos de un Segundo Proyecto de Ley (Signado en el Congreso con el N° 4898/2010-PJ), ingresando al Congreso de la Republica el 4 de julio de 2011, señalo que “en atención a que, según el estado de la discusión, del derecho penal comparado y de los últimos proyectos de ley, se acepta la configuración de la entidad del perjuicio, como una circunstancia con entidad para construir un tipo base y tipos agravado y privilegiado. En esta perspectiva, se ha considerado necesario fijar un monto como supuesto de grave perjuicio. La alternativa que se alcanza está referida a las sanciones penales, que se reequilibran en atención a la opción sumida”.

En suma, en el delito de peculado no hay cuantía mínima, situación que de adecua a una política frontal del lucha contra la corrupción. Tan corrupto es aquel que se apropia de diez nuevos soles como aquel que se apropia de diez millones. Aspecto que solo debe ser tomado en cuenta por el juez al momento de individualizar o determinar la pena a imponer al acusado luego del debido proceso penal.

2.5.7. Relación funcional de hecho

Por otro lado, simples delegaciones o encargos temporales coyunturales de los bienes del Estado a funcionarios o servidores públicos de modo alguno configuran la relación funcional que exige el tipo penal en análisis.

No obstante, si los encargos o delegaciones al funcionario o servidor público son permanentes y por disposición o anuencia de autoridad competente, hasta el punto que cualquier toma conocimiento que tal funcionario o servidor es el encargado de administrar, percibir o

custodiar los bienes del Estado, es factible tenerlo como autor del delito de peculado, siempre y cuando las leyes o reglamentos internos no prohíban de manera expresa aquellas delegaciones o encargos.

La actuación de estos funcionarios, al contar con la anuencia, orden o disposición de los directos responsables de la administración o custodia del patrimonio estatal, es pública y pacífica. Este es el caso, por ejemplo, de un secretario de juzgado que por orden de juez asume el deber de custodiar determinado bien que constituya cuerpo del delito u otro documento.

En la ejecutoria suprema del 8 de julio del 2002 se grafica esta modalidad de peculado. Allí se argumenta que “al haberse verificado que el procesado, en su calidad de secretario judicial, tuvo en custodia una tarjeta de ahorros, la cual fue encargada a su persona por la juez de la causa, a efectos de que por mandato judicial se hicieren efectivas las pensiones alimenticias a favor del agraviado, sin embargo, de manera indebida sustrajo de dicha cuenta de ahorros sumas de dinero, configurándose así el delito de peculado doloso”.

En este supuesto, se subsume a cabalidad y coherencia el hecho real de peculado cometido por Vladimiro Montesino. En efecto, por Resolución Suprema N° 279-96-PCM, de agosto de 1996, montesinos fue asignado en el cargo de confianza de Asesor II del Gabinete de Asesores de la Alta Dirección del SIN, por lo cual se hallaba inmerso en la esfera de la administración pública.

Y por declaración del mismo procesado, se sabe que por orden del expresidente de la Republica Alberto Fujimori, participo en la administración y custodia de los fondos correspondientes a las partidas de

reserva uno y dos desagregadas de la partida del Régimen de Ejecución Especial, destinada en el presupuesto para gastos de inteligencia y contra inteligencia, versión ratificada por los testigos Salazar Monroe, Rozas Bonuccelli y Villalobos Candela, quienes han señalado que una vez que se cobraba el cheque correspondiente al Régimen de Ejecución Especial, el dinero se entregaba a Montesinos, “todo lo cual evidencia que tuvo una administración de hecho de los fondos del Estado por orden expresa de autoridad competente”.

De tal modo que “el procesado Montesinos, al disponer de los fondos que administraba de hecho y fueron entregados para favorecer a terceros, permite colegir que existía una relación funcional entre el citado procesado con los recursos públicos, lo cual implicaba un deber de custodia y correcta administración por ser un patrimonio que pertenecía al Estado; por lo que al financiar la campaña política de su coprocesado Bedoya de Vivanco, incurrió en el delito de peculado en calidad de autor”.

En esta misma línea de interpretación, el Tribunal Constitucional ha señalado que “si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerarse sujeto activo del delito peculado, tal como lo prevé el artículo 387° del Código Penal”.

En contra de esta interpretación, Amoretti Pacchas, analizando el Acuerdo Plenario N° 0-2005 de modo particular, sostiene que el funcionario o servidor de facto o de hecho no puede ser autor del delito de peculado, debido a que “no incurre en una infracción de deber cuando

se apropia de los bienes que percibió, al no ser desleal o infiel con el Estado, porque no tiene la competencia en el cargo, ni la obligación de vigilar o custodiar o administrar lo que recibe”.

Planteamiento no compartido en la jurisprudencia nacional, toda vez que el funcionario o servidor público que asume de facto o de hecho las funciones de administrar los bienes o caudales del Estado con anuencia de otros funcionarios o en su caso , por orden de otro funcionario competente como es el caso de Montesinos de nada menos el Presidente de la Republica, al tener bajo su administración efectos o caudales que sabe bien pertenecen al Estado, asume en forma automática la obligación o mejor, asume el deber de manejar, administrar, proteger y custodiar los bienes públicos en forma debida dándole la aplicación al destino que tiene fijados al interior de la administración pública. Por el contrario, si este funcionario o servidor público se apropia o usa en su beneficio personal o de tercero los efectos o caudales que administra de hecho, en forma evidente infringe su deber de lealtad y fidelidad para con el Estado a quien se debe y representa.

2.5.8. ¿La no rendición de cuentas de los viáticos recibidos por el agente público, constituye peculado?

Para responder la interrogante es necesario precisar primero en qué consisten los viáticos (Véase: la Ley N° 27785, Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República y la Ley N° 28411, Ley del Sistema Nacional de Presupuesto Público). Estos comprenden la cobertura de los gastos de alimentación –desayuno, almuerzo y cena- hospedaje y movilidad cuando el funcionario o servidor

público se desplaza fuera de la localidad o de su centro de trabajo, por la comisión de servicio con carácter eventual o transitorio.

La condición es que el favorecido debe rendir cuentas documentalmente al final del servicio. Esto es, el funcionario o servidor, luego de concluido el encargo, adjuntando los documentos que acrediten el gasto efectuado, debe rendir cuentas ante la institución que le entrego los viáticos.

La naturaleza jurídica de las asignaciones entregadas a los agentes públicos como viáticos, constituyen entregas de dinero al trabajador como parte de sus condiciones de trabajo, por ser necesarias para la prestación de sus condiciones de trabajo, por ser necesarias para la prestación de sus servicios excepcionales que realizan fuera de su lugar de trabajo, lo que significa que el dinero entregado por dicho concepto se traslada del ámbito de la Administración Pública al ámbito de competencia privada y personal a efectos de usarlo para los fines asignados.

De modo que al recibir los viáticos, el agente público los ingresa a su esfera privada personal de vigilancia y administración. Gasta los viáticos como si fueran suyos hasta el punto que puede disponerlos en su totalidad y como lo mejor le parezca en su alimentación, hospedaje y movilidad en el cumplimiento del servicio encomendado.

La condición para efectos de no tener cuestionamiento alguno es que al final del servicio Público debe rendir cuentas, presentando la correspondiente documentación que acredita el gasto efectuado. Si el agente público, luego de cumplida la comisión, omite, ya sea en forma

negligente o intencional, rendir las cuentas da lugar sin alguna duda, a responsabilidad administrativa y civil.

Ahora bien, ¿es posible atribuirle la comisión del delito de peculado por apropiación a aquel funcionario o servidor público que no cumple con rendir cuentas sobre los viáticos recibidos? En la práctica pueden presentarse hasta cinco supuestos facticos que responden a la interrogante de modo diferente:

1. Cuando el agente público sin tener la relación funcional con los efectos o caudales públicos recibe una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera del lugar donde normalmente trabaja. Luego realizando lo encomendado no rinde cuentas o lo hace con documentos falsos.
2. Cuando el agente público sin tener relación funcional con los efectos o caudales públicos recibe una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera del lugar donde trabaja. Luego, sin realizar el servicio encomendado, rinde supuestas cuentas con documentos adulterados o falsos.
3. Cuando el agente público, teniendo relación funcional con los efectos o caudales públicos no recibe, sino el mismo coge (por ser el mismo administrados de los fondos, por ejemplo), una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera del lugar donde trabaja. Luego de realizado el servicio no rinde cuentas.
4. Cuando el agente público, teniendo relación funcional con los efectos o caudales públicos no recibe, sino de mutuo propio, coge una cantidad de dinero por viáticos para realizar una

comisión de servicios fuera del lugar de trabajo. Luego sin realizar el servicio, rinde cuentas con documentos adulterados o falsos.

5. Cuando el sujeto publico teniendo o no teniendo relación funcional con los efectos o caudales del Estado, sin recibir viáticos (por el motivo que sea), simula o realiza una comisión de servicios fuera del lugar donde normalmente presta servicios laborales. Luego con la finalidad que la entidad pública le reembolse, rinde cuentas adjuntando documentos adulterados o falsos.

2.6. Antijuricidad

Después de que se verifica en la conducta analizada la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, el operador jurídico pasara a verificar si concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20° del Código Penal.

Rojas Vargas, refiere, aquí es posible que se materialice un estado de necesidad justificante para proteger bienes jurídicos de mayor valor que el perjudicado, como puede ser la vida, integridad física, o incluso la preservación de mayor patrimonio público. Incluso también puede concurrir la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un orden emitida por autoridad competente en ejercicio de sus funciones prevista en el inciso 9 del artículo 20° del Código Penal.

En efecto, la ejecutoria suprema del 11 de enero de 2002 presenta un hecho real en el cual prevaleció la referida causa de justificación. Allí se argumenta que “de la revisión de autos, se tiene que el recurrente, al momento de los hechos, ostentaba el cargo de jefe de la Unidad de Tesorería de la Dirección

Regional Agraria del Ministerio de Agricultura y era el encargado de llevar la contabilidad de dicha dependencia publica, y desembolso la suma de 5000 soles, proceder que fue en cumplimiento al pedido expreso del director de la Región Agraria, siendo así es evidente que el tesorero lo que hizo fue solo cumplir una orden de su superior previa aprobación del director de la oficina de administración (Exp. N° 3713-2001-Cusco)”.

2.7. Culpabilidad

Acto seguido, Rojas Vargas, señala, de verificarse que en la conducta típica de peculado no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico continuara con el análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa tendrá que verificarse si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años de edad y no sufría alguna anomalía psíquica que le haya inimputable.

También se verificara si el agente, al momento de exteriorizar su conducta de peculado, conocía la antijuricidad de su conducta, es decir, se verificara si el agente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria a derecho. No es posible la concurrencia de una situación que sustente un error de prohibición.

Luego determinara si el agente pudo actuar o determinarse de manera diferente a la de realizar el hecho punible de apropiarse o utilizar en su propio beneficio o de otro, de caudales o efectos del Estado. Es posible que el agente obre por miedo insuperable por ejemplo.

2.8. Consumación

Al ser un delito de resultado, la consumación se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por parte del sujeto activo,

vale decir, cuando este incorpora parte del patrimonio público a su patrimonio personal, en la segunda modalidad, a través de la utilización o uso del caudal o efecto.

Desde el momento que se produce la apropiación o el inicio de la utilización de los bienes públicos en propio beneficio del agente o de tercero, en forma automática se produce un perjuicio al sujeto pasivo del delito.

Cuando el bien está destinado a un tercero, el delito de peculado se consuma en el momento que el agente se apropia, no siendo necesario que el tercero reciba el bien público. Si en el caso concreto, el tercero llega a recibir el bien público, ya estaremos en la fase de agotamiento del delito.

Por otro lado, aun cuando ello es obvio, la devolución de los caudales o efectos apropiados, es irrelevante para efectos de la consumación. En similares términos, se ha pronunciado el supremo tribunal en la ejecutoria suprema del 4 de junio de 2002. En efecto, allí se estableció que “la devolución del dinero no enerva la presunta comisión del delito de peculado por apropiación que ya se ha consumado con la entrega del dinero (Exp. N° 1402–2001-Tumbes)”.

Aquí, es importante establecer que tampoco la devolución de los caudales o efectos apropiados pueden servir como circunstancia de exclusión de necesidad de penal. Tal supuesto no está previsto en la legislación nacional ni puede asumirse en delitos de tanta gravedad como lo constituye el delito de peculado.

Así lo ha dejado claro la Corte Suprema en la ejecutoria del 18 de julio de 2011. Allí ante el agravio del abogado defensor en el sentido que la devolución del dinero apropiado por el sentenciado debe ser tenido como circunstancia de exclusión de necesidad de penal, aun cuando se considera materialmente consumado el delito, el supremo tribunal expreso que “el Tribunal no se

equivoca, como estima la defensa, al sostener que conforme a la legislación penal vigente, la reparación posterior al daño ocasionado al bien jurídico y a su titular no tiene eficacia exonerativa de la punibilidad,...so bien la legislación prevé efecto exoneratorio a la restitución post consumativa para determinados figuras penales, no lo contempla para el delito de peculado (R.N. N° A.V. 23-2001-09-Sala Penal Transitoria- Caso de los quince millones de dólares)”.

2.9. Tentativa

Al ser un delito de resultado en sus dos modalidades de comisión, es perfectamente posible que la conducta del sujeto activo se quede en grado de tentativa. Estaremos ante una tentativa cuando el agente, estando por cruzar la puerta del establecimiento público, es intervenido y encontrado llevándose el dinero en su bolsillo.

Rojas Vargas, enseña que las formas de tentativas inacabadas o frustradas, de tentativa acabada y desistimiento son perfectamente verificables, dada la fragmentación de actos de ejecución para consumir el delito.

Tanto en la consumación como en las fases punibles de tentativa se produce el quiebre del deber funcional y la afectación al patrimonio del Estado a título de lesión o peligro de lesión.

2.10. Fundamentos jurisprudenciales y doctrinarios en que se sustenta la aplicación de la teoría de la unidad del título de imputación

2.10.1. Fundamentos jurisprudenciales

En la Ciudad de Trujillo, el 11 de diciembre del año 2004, en sesión del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal “Problemática en la aplicación de la norma penal, procesal y penitenciaria”, los Vocales Superiores integrantes de las Salas Penales de la Republica convocados al efecto por el consejo Ejecutivo del Poder judicial, se reunieron en Sesión de la Sala Plena Jurisdiccional Nacional Penal con el objeto de debatir entre otros el tema 5 referido a la “Autoría y participación en los delitos especiales”, sometiéndose a consideración del Pleno, los problemas que se generan con relación a la punibilidad de los particulares (extraneus) que intervienen en la comisión de delitos especiales, siendo necesario establecer los ámbitos de imputación que les corresponda como autores y/o partícipes.

En el ámbito de la criminalidad existen delitos cuya comisión se realiza por sujetos calificados o especiales, pero que cuentan con el concurso de terceros particulares o que no ostentan la calidad del sujeto calificado por el tipo penal. Frente a estas situaciones fácticas, la respuestas penales deben ser eficaces, a fin de evitar la impunidad, pero igualmente respetuosas de los principios que guían la política criminal de un Estado Democrático y de Derecho; debiendo para ello contar los operadores jurídicos con criterios que permitan delimitar el ámbito de imputación de los autores o partícipes en los delitos especiales propios e impropios.

Al respecto debe tenerse en cuenta, entre otros, el sistema diferenciado de autoría y participación; la accesoriedad limitada de ésta con relación a aquélla; la observancia estricta de principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad. Por ende se acuerda por unanimidad establecer los criterios mínimos que debe considerar el juzgador para

delimitar el ámbito de imputación de autores y partícipes, en los delitos especiales propios e impropios que se detallan a continuación:

- a) Diferenciar la respuesta punitiva aplicable a los autores y partícipes, en función de su mayor o menor cercanía con el bien jurídico protegido y de la importancia del aporte de éstos en la realización del delito especial de que se trate.
- b) Considerar que siempre la participación, independientemente de la naturaleza del delito (común o especial), es siempre accesoria de la autoría.
- c) Tener en cuenta, sin embargo, que dicha accesoriedad, no es rígida o ilimitada, sino que está; circunscrita al ámbito de la descripción típica del delito especial.
- d) Considerar que la mayor punibilidad de los autores de los delitos especiales se fundamenta en el dominio social que tienen respecto del bien jurídico tutelado, sin que ello signifique que los aportes a la realización de la conducta delictiva de los extraneus, no sean desvalorados a efectos punitivos, en la medida que coadyuvieron a la lesión del bien jurídico protegido, por parte del sujeto cualificado.
- e) En los delitos especiales propios e impropios, sólo pueden ser autores los sujetos que reúnan las condiciones específicas establecidas en los tipos penales, considerando su capacidad de control del bien jurídico protegido. En consecuencia, no es admisible la coautoría entre un intraneus y un extraneus dado que cada uno de ellos responde de acuerdo al tipo común o especial que le corresponde.

Jurisprudencialmente en nuestro ordenamiento jurídico nacional se ha impuesto la posición de considerar que por el principio procesal de unidad de la investigación y los principios sustantivos de la participación de unidad del título de imputación y accesoriedad, los particulares o extraneus responden por la comisión del delito especial cometido por el obligado, pero a título de cómplices.

Esto ya fue establecido como doctrina legal vinculante en el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116. Donde se precisó, entre otros aspectos que “los extraneus se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores”.

Pero la realidad dentro de nuestro sistema es otra, es así, que aun habiendo ya un Acuerdo Plenario sobre la materia, no se viene aplicando del todo y persiste la aplicación de la teoría del dominio del hecho para identificar al autor y participe en los delitos especiales.

Y esto queda reflejado cuando la Sala Penal Transitoria de la Suprema Corte en su expediente R.N. N° 546-2013-LIMA, aun no tiene claro este aspecto, pues para resolver los casos concretos de delitos especiales de corrupción de funcionarios todavía viene aplicando la teoría del domino del hecho.

La presente ejecutoria del 06 de mayo de 2013, argumentó que “su aporte o contribución como extraneus fue esencial, pues Raffo Arce fue el escogido por el jefe del Estado para recibir el dinero con una finalidad concreta, para lo cual tenía funciones asignadas en la trama criminal de reelección presidencial, de ahí que corresponde calificar su intervención

de insustituible y, por tanto, de complicidad primaria o cooperación necesaria”.

Ante esta situación, de no aplicar lo establecido en el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, para determinar quién es autor y/o cómplice en la comisión de delitos especiales, Salinas Siccha se pronunció refiriendo lo siguiente: “Considero que si el juez se decide por aplicar la teoría de infracción de deber debe hacerlo en toda su magnitud. No podemos seguir mezclando las teorías penales”.

De esta manera, dentro de nuestro sistema, los partidarios de la teoría de unidad del título de imputación admiten la sanción del extraneus como partícipe del delito especial, sea este propio o impropio. Esta posición se apoya en la vigencia del principio de accesoriedad limitada de la participación respecto de la autoría, a la par que se reconoce que la incomunicabilidad prevista en el art. 26 del Código Penal únicamente opera frente a las circunstancias modificativas de responsabilidad, mas no ante las que fundamentan el injusto.

Es por estas razones, que la aplicación del principio de accesoriedad limitada tiene plena vigencia y aplicación en nuestro Código Penal, pues como se ha mencionado, la incomunicabilidad de las circunstancias de participación se circunscribe exclusivamente a aquellas cualidades que afectan la culpabilidad y punibilidad.

2.10.2. Fundamentos doctrinarios

El distinguido jurista Pariona Arana, Raúl, sobre el principio de incomunicabilidad de las circunstancias, regulado en el artículo 104 del CP, derogado que tiene las mismas bases jurídicas que el artículo 26 del CP, vigente, afirma “en nuestro derecho debemos, como lo hemos dicho

anteriormente, admitir la accesoriedad limitada, pues la incomunicabilidad de las circunstancias no comprende aquellas que fundamentan la tipicidad o antijuricidad de la conducta delictuosa. En los delitos especiales propios en que se exige que el autor tenga una calidad personal particular, no significa que el cómplice o instigador no pueda ser reprimido conforme a la disposición que prevé tal infracción”.

Asimismo, Villavicencio Terreros, Felipe (2006), en referencia al principio de incomunicabilidad de las circunstancias del art. 26 del CP, vigente, admite la aplicación del principio de accesoriedad limitada, en cuya virtud solo son incomunicables aquellas cualidades personales referidas a la culpabilidad y la punibilidad. Así, en todo caso, la regla del artículo 26 del CP, no se refiere a las características personales referidas al hecho o materiales. Dichas características de lo injusto referidas al hecho indican en detalle el contenido material del injusto del hecho.

Por su parte, Salinas Siccha (2014), de manera categórica manifiesta que en la jurisprudencia nacional, se viene aceptando en forma pacífica, que las interrogantes sobre participación del extraneus en delitos de infracción de deber y otros aspectos dogmáticos de los delitos contra la administración pública son razonablemente respondidas por la teoría de la infracción de deber formulada por Claus Roxin

3.- PROBLEMÁTICA EXISTENTE EN LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN DEL DELITO DE PECULADO BAJO LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER

Después del estudio de la presente teoría, podemos concluir, indudablemente, que en los delitos de infracción de deber (Peculado en el caso concreto) la presencia o ausencia de dominio del hecho no debería tener ninguna trascendencia para distinguir entre autor o partícipe. Lo único que interesaría, para determinar la autoría, sería verificar que se haya producido la infracción del deber por parte del intraneus. Y cualquier extraneus que haya colaborado, de cualquier manera (sea con dominio o no, antes o durante la ejecución de los hechos), con el intraneus, será partícipe de este tipo de delitos.

De acuerdo a la tesis formulada por el maestro Roxin (fundador de esta teoría) se trata de la infracción de un deber especial extrapenal, es decir que se tratan de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho Penal. Sin embargo, sabido es que en el desarrollo y estudio de la teoría de la infracción de deber, se han desarrollado dos tesis que han tratado de abordar el tema y la problemática que existe en la determinación de la autoría y participación en este tipo de delitos. La primera de ellas pertenece a Javier Sánchez-Vera GómezTrelles (seguidor de la tesis de Roxin, pero discípulo de JAKOBS), quien realiza la fundamentación de la teoría a partir de una perspectiva normativista pura; y la segunda, formulada por el insigne jurista peruano Raúl Pariona Arana, quien realiza la fundamentación de una perspectiva funcional materialista.

El autor nacional postula la tesis de que en los delitos de infracción de deber, se trata de la infracción de un deber especial de carácter penal (es lo que funda la autoría), desterrando el criterio de los deberes extrapenales o extrajurídicos, reiterando que el Derecho Penal solo puede trabajar con conceptos penales. Sostiene que los deberes originados en otro ámbito (sea en un ámbito extrajurídico, como por ejemplo la moral; o

en un ámbito extrapenal, como el Derecho Civil), tiene significado para el Derecho Penal únicamente cuando son sometidos a una “adecuación” a un concepto jurídico-penal.

La posición a la que arribo en el presente trabajo, consiste en que el deber especial que se infringe no sólo tiene que abarcar a los deberes extrapenales (formulado por ROXIN) sino que también debe comprender a los deberes penales (formulada por Pariona Arana) bajo el siguiente sustento:

No cabe duda alguna en señalar que en determinados delitos (del catálogo existente en nuestro Código Penal) existe una posición de garante que obliga al sujeto actuar de un modo determinado por ley, por ejemplo, el profesor que tiene la obligación de cuidar a sus alumnos, el padre que tiene la obligación de cuidar y alimentar a sus hijos, la persona que tiene bajo su cuidado a otra, etc.; en ellas existe un deber especial que tienen que cumplir para no verse involucrados como autores de tales delitos. Ahora bien, sabido es que, tales obligaciones o deberes especiales no siempre emergen del mismo tipo penal que contiene o describe la conducta delictiva.

Por ejemplo, en el caso del delito de Incumplimiento de la obligación alimentaria (Art. 149° C.P), se tiene que dicha obligación se encuentra prescrita en el Código Civil (Art. 474° C.C) e implícitamente se encuentra previsto tal deber en la referida norma penal (“el que omite”). Asimismo se tiene que en el Código Penal existen diversos tipos penales en blanco que para ser completados se tiene que recurrir a diferentes normas extrapenales (civiles, administrativas, etc.) que son las ramas que señalan el deber especial que se tiene que cumplir. Ejemplo: delitos contra el medio ambiente (Art. 310° C.P).

En igual forma sucede con los delitos de infracción de deber y, más concretamente en el delito de Peculado (tema que es objeto de estudio), pues, en ellos existe un deber especial que tiene el funcionario o servidor público de actuar correctamente en el ejercicio de su cargo dentro de la Administración Pública y, que es

señalado, en el Derecho Administrativo y Público, respectivamente. Las normas de estas ramas le imponen al funcionario público el deber de cuidar, velar, proteger los bienes de propiedad del Estado (deber especial, primordial), pues a ellos se les confían estos recursos (caudales y efectos). No se puede acoger un criterio distinto en el sentido de que el deber tiene que tener un contenido estrictamente penal.

El fundamento de la punibilidad en determinados casos depende de la remisión a normas extrapenales (que contienen los deberes especiales), y para ciertas interpretaciones del tipo penal, incluso, se trabajan con conceptos jurídicos extrapenales (Derecho Civil, Administrativo, etc.). Resultaría incomprensible que se diga que no se configura el delito de hurto o robo, por el solo hecho de que en materia penal, aún no existe un concepto de bien mueble. Sabido es que para determinados conceptos, el Derecho Penal tiene que remitirse a otras ramas, ejemplo, para saber que es bien mueble, tenemos que remitirnos a la definición que sobre el da el Derecho Civil; lo mismo sucede para saber que es la Administración Pública?, donde tenemos que remitirnos al Derecho Administrativo. Existen determinados conceptos que no merecen ser adecuados al Derecho Penal, pues, no es esencia del Derecho Penal redefinir o cambiar conceptos pre-establecidos y que bajo cualquier óptica no merecen otra definición.

Asimismo, compartiendo el criterio expuesto por el jurista Pariona Arana, es indudable que los deberes especiales que se infringen en los delitos de infracción de deber, también tienen un carácter penal (previsto en el tipo penal), pues tiene como sustrato una relación especial entre la persona y el bien jurídico, por ejemplo en el caso de Peculado, la relación entre el funcionario o servidor público y los caudales o efectos del Estado, como patrimonio que se le confía.

Como corolario de lo expuesto en el presente trabajo, el autor, es de la opinión que la determinación de la autoría en los delitos de infracción de deber, debe recaer en la infracción de deberes especiales tanto de carácter penal y extrapenal.

4.- JURISPRUDENCIA NACIONAL

SENTENCIAS

1. 21 de marzo del 2017: Casación N° 000131-2016, Callao

En el delito de peculado en la modalidad de utilización no es necesario que se practique una pericia contable para establecer el perjuicio patrimonial que se causó al Estado (que se requiere cuando se trata de la modalidad de peculado por apropiación), pues se sanciona al agente por usar el bien de la administración pública ilegalmente (y sin el ánimo apropiatorio), independientemente de la producción de un perjuicio patrimonial. Constituye un presupuesto de imputación a título de autor, que exista una relación funcional entre el agente infractor del delito (funcionario o servidor público) y el objeto apropiado o utilizado. Ese deber extrapenal del funcionario o servidor público que lo vincula con la administración o custodia de los caudales o efectos tiene que estar contenido en la ley o reglamentos de corte administrativo, pues es indispensable que esa competencia funcionarial se encuentre plasmada para establecer la titularidad de dicha esfera.

2. 21 de junio de 2016: Casación N° 841-2015, Ayacucho

El particular extraneus por regla general es impune en los delitos de infracción de deber, sin embargo, la única posibilidad de su inclusión como participe se da si es que su conducta es comprendida en el tipo penal, es decir, podrán ser responsables los particulares en el delito de peculado a favor de tercero, o en el delito de colusión.

3. 16 de agosto de 2016: Recurso de Nulidad N° 615-2015, Lima (diarios chicha)

El los delitos de infracción de deber, como el delito de peculado, rige el criterio del autor único. Además, en la relación funcional para fundamentar directamente la autoría. Para el delito de peculado, la relación funcional específica (contenida en la expresión “por razón de su cargo”) debe de tomarse en cuenta las normas del sector establecidas en las disposiciones del ROF o del MOF. En ese orden, la atribución presidencial de “administrar la Hacienda Pública es genérica y, por lo tanto, no es relevante para establecer la relación funcional específica”.

4. 4 de noviembre de 2016: Casación N° 160-2014, Santa

A diferencia del Recurso de Nulidad N° 615-2015, Lima, la superioridad jerárquica no constituye una causal para poder excluir la responsabilidad penal al sujeto activo, pues la relación funcional específica no se explica en la relación directa que tiene el funcionario con los efectos o caudales, pues esta también puede ser mediata. Más bien la relación funcional específica se encuentra en las atribuciones establecida por ley, sin cabida a la exclusión de competencia por parte de los subalternos. De esta manera establece como doctrina vinculante que “El hecho de ser presidente o gobernador regional no significa necesariamente la atipicidad de la conducta la acreditación de la presencia”.

5.- DERECHO COMPARADO

5.1. Legislación colombiana

El artículo 400 del actual código penal dispone:

El servidor público que respecto de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término señalado.

Molina Arrubla, Carlos Mario (2005), analizando el tipo penal en mención, manifiesta que como elementos novedosos de dicho articulado se observa en primer lugar que se introduce un nuevo término “tenencia” como circunstancia que permite la detentación del objeto material de la infracción y en segundo lugar las modificaciones recayeron en la consecuencia jurídica al incrementar la pena privativa de la libertad disponiendo que ésta puede oscilar entre 1 y 3 años de prisión, aumentándose tanto el mínimo como el máximo de la pena imponible; se sustituye la pena de interdicción de derechos y funciones públicas por la inhabilitación para el ejercicio de las funciones públicas, que será por “el mismo tiempo señalado”, término que se ha entendido hace referencia a la pena impuesta en la pena de prisión, pero por su falta de precisión ha sido objeto de críticas acertadas como las manifestadas por el doctrinante Molina, quien señala que esa expresión ambigua atenta gravemente “contra el principio de certeza y seguridad jurídica, derivado de la taxatividad inequívoca que debe operar no solo

para los tipos penales sino también, y si se quiere, lo que es más importante aún, para las consecuencias jurídicas”.

La legislación colombiana desde sus inicios ha incorporado en su normatividad penal la conducta del que por culpa genere el extravío, pérdida, deterioro o daño de un bien del Estado; éste entendido en el término más amplio.

De esta manera, Cerezo Mir, José (2006), refiere que se concluye igualmente que a través de los diferentes códigos penales colombianos la consecuencia jurídica se hace más rigurosa hasta el punto de que actualmente una de estas es la pena de prisión, la más grave de las sanciones jurídicas del denamamiento jurídico, no solo por el alto impacto para el sancionado sino también para la sociedad en general; bien decía Cerezo Mir “que la pena criminal es la forma suprema que puede revestir el poder coercitivo del Estado”.

Así, el ius puniendi viene siendo aplicado a una conducta que si bien afecta al Estado puede ser objeto de reproche al agente y reparado por él, a través de la imposición de la sanción fiscal, disciplinaria, civil, permitiendo que el agente asuma la consecuencia de su conducta culposa y se responda materialmente al Estado, protegiendo así a la administración pública

5.2. Legislación española

Muñoz Conde, Francisco. (2012), estudiando el tipo penal de peculado culposos, establece que en España, actualmente se configuran varios tipos de comportamientos similares a los existentes en la legislación nacional bajo la denominación de Peculado pero allí con el título de malversación de caudales públicos (Capítulo VII, título XIX, art. 432 a 435). Fue con la reforma de la Ley orgánica 5/2010 que aquellos casos en que se configuraba la conducta por abandono o negligencia inexcusables que configuraba el artículo 395 del anterior

Código penal, desaparecen como delito y ahora solo son constitutivos de una infracción disciplinaria.

De la misma manera, el mismo autor, Muñoz Conde, Francisco (1995), señala que esta modalidad culposa hacía referencia al actuar del “funcionario público que por abandono o negligencia inexcusables diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos (...).” En dicho artículo 395 la legislación española exigía que el abandono o negligencia fuera inexcusable más no una mera imprudencia; la simple mala administración o falta de control que diera como consecuencia que los caudales se perdieran o dañaran tampoco constituía delito para ese entonces y solo traía como consecuencia una sanción disciplinaria.

Actualmente en España, en cuanto hace referencia a las conductas punibles referidas a la malversación de caudales públicos, solo se sanciona penalmente adecuaciones delictivas de tipo doloso más ninguna de carácter culposo.

5.3. Legislación argentina

En Argentina dentro del código penal existente, se describen cuatro tipos penales que buscan asegurar una debida administración, destinación de la hacienda pública y aseguramiento de la integridad moral de los funcionarios que tienen a su cargo su manejo y disposición, encuadrados bajo la denominación de Malversación de caudales públicos.

Bayola Basombrío, Manuel Alberto. (2008), nos dice, entre los tipos penales descritos en este capítulo se encuentran los casos de malversación propiamente dicha, los de peculado doloso, empleo por el funcionario en provecho propio o de terceros de trabajos o servicios pagados por una Administración pública, el peculado culposo y el retardo injustificado de pagos

o de devolución de depósitos, delitos identificados con los artículos 260, 261, 262 y 264, capítulo VII del Título XI del Código penal vigente en dicho país.

Centrando la atención en el tipo culposo, si bien en el caso de Argentina se castiga una conducta de dicha categoría (artículo 262), esta se condiciona a que su actuar permita la sustracción de los caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. A diferencia de la legislación penal colombiana la conminación penal consiste en multa más no en la amenaza de privación de libertad a través de la pena prisión.

CONCLUSIONES

1. El concepto de bien jurídico del Peculado en el Código Penal Peruano asume la teoría dual, conforme lo expresa Manuel Abanto Vásquez es el patrimonio de la Administración Pública entendido de manera funcional. Se entiende como la “correcta gestión y utilización del patrimonio público por parte de la Administración Pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad”.
2. El funcionario público del delito de Peculado tanto doloso como culposo será el funcionario o servidor público, sin distinción, que reúne las características de relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo tenga bajo su poder o ámbito de vigilancia (directa o funcional) en percepción, custodia o administración las cosas (caudales o efectos) de los que se apropia o utiliza para sí o para otro.
3. Se aprecia una tendencia actual a discriminalizar conductas de poca insignificancia patrimonial en atención a la gravedad de la afectación al patrimonio público administrado, lo cual no debe confundirse con el destino de los bienes cuando se trate de programas sociales, en el cual el valor del patrimonio estatal es indiferente.
4. La teoría del “dominio del hecho” ha demostrado ser insuficiente para resolver los problemas de autoría y participación en los delitos de infracción de deber, pues, llega a soluciones político-criminales intolerables, en especial: la impunidad para intraneus y extraneus, cuando este último ejecute los hechos como un “instrumento doloso no cualificado”, o la impunidad del extraneus que emplee al intraneus como “instrumento cualificado no doloso”.
5. Hasta la fecha no existe una solución satisfactoria para solucionar con justicia y en estricta aplicación de la ley, los casos de autoría y participación en los delitos de infracción de deber, más allá de que a la fecha es la teoría dominante.

RECOMENDACIÓN

1. Respecto al Empirismo Normativo por parte de los operadores del derecho, a razón de que no aplican conceptos básicos los principios de fragmentariedad y mínima interferencia del Derecho penal, y a razón de que no se toma en cuenta el Derecho comparado para dejar totalmente los casos de peculado de uso en manos del Derecho Administrativo porque no se ajusta a nuestra realidad por tener un alto índice de corrupción en el Perú, consecuentemente adolecían parcialmente de Empirismo Normativos.
2. Los operadores del derecho conocen y propugnan la aplicación que de la ley 27444- Ley del Procedimiento Administrativo General y el art. 388 del C. P., para sancionar por peculado de uso en casos de ínfima cuantía, debido a que el artículo 388 del Derecho penal no ha sido suficientemente claro para determinar la cuantía del bien jurídico afectado para ser pasibles de sanción penal o administrativa.
3. La comunidad jurídica (Magistrados y Abogados) propugna la aplicación de planteamientos teóricos tales como: la intervención punitiva del Estado y la potestad administrativa, para sancionar por peculado de uso; a razón de la aplicación de la norma penal y administrativa; debiendo tomarse en cuenta la legislación comparada para complementar la legislación existente, consecuentemente adolecían parcialmente de discrepancias teóricas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abanto Vásquez, Manuel (Julio, 2003). Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber. *Revista Penal*, N° 14. Pág. 3-23.
- Alberto Donna, Edgardo (Julio-Diciembre, 2005). El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal. *Revista Latinoamericana de Derecho*. Año II. N°04. Pág. 153-173.
- Amoretti Pachas (2003). Violaciones al debido proceso penal. Análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco, cit., pág. 226.
- Bacigalupo, Enrique (1999), *Derecho Penal. Parte General*, segunda edición, Hammurabi. Buenos Aires, 1999. pág. 237.
- Barrios Alvarado, Elvia (2010). El delito de peculado y la asignación de viáticos a un Funcionario Público, en *jurídica Gaceta Penal y Procesal Penal*, setiembre. Lima, 2010. pág. 174.
- Cancino Moreno, Antonio (Bogotá, 1983). El delito de peculado en el nuevo código penal. Bogotá, 1983, pág. 80-81.
- Caro John, José Antonio (2003). Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. *Anuario de Derecho penal*.
- Cerezo Mir, José (2006). *Obras Completas. Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Lima, Perú: ARA. Pág. 1206.
- Donna, Edgar Alberto (2002). El concepto dogmático de funcionario público en el Código penal del Perú. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Número 11. Idemsa, Lima. pág. 262.

Germán Aller, Germán (Uruguay, 2016). Delito de infracción de deber. Instituto de Derecho Penal.

Gracia Martín, Luis (1986). El actuar en lugar de otro. Tomo I. Zaragoza. pág. 354 y ss.

Guimaray Mori, Erick y Oscar Hassenteufel Salazar (2015). Acerca del sustento de punición y del sistema de participación criminal en el delito de peculado peruano y boliviano. Disponible en: <<http://bit.ly/1WJBenG>>. Consulta: 9 de noviembre de 2015.

Jescheck/Weigend; citado por Cancio Meliá, Manuel; Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Cit. p. 26; así también Stratenwerth, Günter. Derecho Penal. Parte General I (El hecho punible), traducido de la segunda edición alemana (1976) de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982. pág. 153.

Jakobs, Günther (1995). Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Segunda edición alemana. Madrid, 1995.

López Peregrín, Carmen (1997). La complicidad en el delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997. Pág. 412.

Molina Arrubla, Carlos Mario (2005). Delitos contra la administración Pública. 4ª Edición. Bogotá, Colombia, Leyer, Pág. 632.

Muñoz Conde, Francisco (2012). Derecho Penal. Parte Especial. (19ª edición). Valencia, España, Tirant Lo Blanch libros. Pág. 1094.

Muñoz Conde, Francisco. (1995). Derecho Penal. Parte Especial. (10ª edición). Valencia, España, Tirant Lo Blanch libros. Pág. 902.

- Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl (2011). Derecho Penal Parte General, Tomo I, Primera Edición, IDEMSA, Lima, enero 2011. Pág. 440.
- Portocarrero Hidalgo, Juan (1996). Delitos contra la administración pública. Lima, 1996. Pág. 188.
- Quintero Olivares, Gonzalo. Citado por: Reaño Peschiera, José Leandro (2004). Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias. En Revista peruana de ciencias penales. N° 12. Lima, 2002. Pág. 23.
- Roxin, Claus (España, 1998). Autoría y dominio del hecho en Derecho penal. Madrid.
- Roxin, Claus (1998). Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal, traducción de la sexta edición alemana, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 1998. Pág. 383-286.
- Roxin, Claus, (1997). Derecho Penal, parte general, T. I. Editorial Civitas. Madrid, 1997. Pág. 338.
- Rojas Vargas, Fidel (2016). Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Nomos & Thesis. Lima, 2016. Pág. 110.
- Rojas Vargas, Fidel (2003). Delitos contra la administración pública. Lima, Cuarta edición. Editorial Grijley. Pág. 281-282.
- Rueda Martin, María Ángeles (2002). Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública. En: Revista peruana de ciencias penales. N° 12. Lima, 2002. Pág. 426-427.
- Salinas Siccha, Ramiro (Septiembre, 2016). Delitos contra la administración pública: la teoría de infracción de deber en la jurisprudencia peruana. Lima, cuarta edición. Editorial Grijley. Pág. 13-57.

Torres Alzamora, Juan (2010-2011). La participación en los delitos de infracción de deber. Centro de Estudios de Derecho Penal. Universidad de San Martín de Porres.

Paginas virtuales

Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116. Asunto: Definición y estructura típica del delito de peculado. Art. 387° CP.

Comisión de Justicia, Proyecto de Ley de fecha 13 de abril de 2011. Este dictamen incluyó un proyecto sustitutorio que luego fue aprobado por el congreso y sin mayor discusión se convirtió en la Ley N° 29703 publicada el 10 de junio de 2011, la misma que ante una reacción inusitada y unánime de todos los medios de comunicación fue derogada en parte por la Ley N° 29758 del 21 de julio de 2011.

Ejecutoria suprema del 13 de marzo de 2003, Exp. N° 3858-2001-La Libertad (Salazar, Sánchez, Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal, Jurista, Lima 2004, pág. 346).

Exp. N° 808-90-Callao, Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia, Año Judicial 1990, T. LXXVIII, Lima, 1993, pág. 141.

Exp. N° 3682-2002-La Libertad (San Martín Castro, César, Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema, Palestra, Lima, 2006. pág. 738).

Exp. N° 3713-2001-Cusco (Salazar Sánchez, Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal, cit., p. 219).

Ley N° 27785 (Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República) y la Ley N° 28411 (Ley del Sistema Nacional de Presupuesto Público).

R.N. N° 889-2007- Lima, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

R.N. A.V. 23-2001-09- Lima.

R.N. N° A.V. 23-2001-09- Sala Penal Transitoria- Caso de los quince millones de dólares.

ANEXO 1

CASO PRÁCTICO

CASACIÓN 102-2016, LIMA

ANEXO 2

PROYECTO DE SENTENCIA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA

CASACIÓN 102-2016, LIMA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Sumilla: La complicidad en el delito de peculado se da desde la etapa de preparación del hecho hasta antes de la consumación, siendo el cómplice primario (o necesario) aquel que desde dicha etapa aporta al hecho principal, una contribución sin la cual el delito no hubiera sido posible de cometer; estando compuesto por dos elementos, a saber: i) La intensidad objetiva de su aporte al delito, vale decir que sin este el hecho no hubiera podido cometerse, y ii) El momento en que realiza su aporte, el mismo que debe ser anterior a la ejecución y en algunos casos hasta durante la ejecución del mismo, pero en este último caso se debe verificar que no tuvo dominio del hecho, en tal caso respondería como autor.

Lima, once de julio de dos mil diecisiete.-

VISTOS; en audiencia pública, el recurso de casación para desarrollo de doctrina jurisprudencial, en razón del recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de la sentenciada **MARIA ROSA PRADO TENA**, contra la sentencia de fojas trescientos ochenta y tres, de veintisiete de enero de dos mil quince, que confirmó la sentencia apelada de fojas doscientos cuarenta y dos, de doce de noviembre de dos mil catorce, en el extremo que condenó a la citada acusada como cómplice primario del delito contra la administración pública – peculado, en agravio del Estado, a cuatro años de pena

privativa de libertad suspendida por el periodo de tres años bajo reglas de conducta e inhabilitación por dos años. Interviene como ponente la señora Jueza Suprema **CHÁVEZ MELLA**.

CONSIDERANDO:

• HECHOS MATERIA DE IMPUTACIÓN.-

PRIMERO: La recurrente, **MARIA ROSA PRADO TENA**, quien laboraba en la OCI-FAP como “Habilitada”, tenía en su poder el dinero asignado a la Unidad por concepto de “fondo para pagos en efectivo”; quien entregaba diversos montos y/o pagaba con dinero del fondo, los gastos que verificaba **JULIO TEO PEREZ ROSALES**.

En el periodo comprendido entre noviembre de 2003 a diciembre de 2004, coadyuvó a su coprocesado **JULIO TEO PEREZ ROSALES** – Jefe del OCI-FAP, para que utilizara dichos fondos en beneficio propio y de terceros; así como, haberle entregado diversas sumas de dinero y haber asumido gastos particulares a cuenta del referido fondo.

• ITINERARIO DEL PROCESO DE PRIMERA INSTANCIA.-

SEGUNDO: Citando los hechos antes mencionados se formuló requerimiento acusatorio de fojas uno, imputando a **MARIA ROSA PRADO TENA**, la comisión del delito contra la administración pública – peculado doloso Simple [primer párrafo del artículo 387, del Código Penal], en calidad de cómplice primario, en agravio del Estado.

TERCERO: Luego de haberse llevado a cabo la audiencia preliminar de control de acusación, el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos de la Corte Superior de Justicia de Lima, dictó auto de enjuiciamiento [fojas ochenta y nueve], en contra de **MARIA ROSA PRADO**

TENA, como cómplice primaria del delito contra la administración pública – peculado doloso simple [primer párrafo del artículo 387, del Código Penal], en agravio del Estado.

CUARTO: El día 30 de octubre de 2013, el Segundo Juzgado Unipersonal Especializado en Delitos cometidos por Funcionarios Públicos de la Corte Superior de Justicia de Lima, emitió el auto de citación a juicio oral [fojas cien], el mismo que fue reprogramado por resolución tres de cinco de febrero de dos mil catorce -fojas noventa y ocho- y luego nuevamente reprogramado por resolución número cuatro de doce de mayo de dos mil catorce -fojas noventa y nueve-. Tras la realización del juicio oral, dictó sentencia el 12 de noviembre de 2014 -fojas doscientos cincuenta y siete- que: i) Declaró prescrita la acción penal en el proceso seguido contra Hernán Eduardo Javier De Souza Peixoto Zumaeta y **MARIA ROSA PRADO TENA**, por el delito contra la fe pública – falsedad ideológica [primer párrafo del artículo 428, del Código Penal], en agravio del Estado; ii) Absolvió a Lázaro Pazos Acosta de la acusación fiscal en calidad de cómplice secundario del delito contra la administración pública – peculado [artículo 387 del Código Penal], en agravio del Estado Peruano; y, iii) Condenó a **JULIO TEO PEREZ ROSALES** y **MARIA ROSA PRADO TENA** como autor y cómplice primario respectivamente, por la comisión del delito contra la Administración Pública – peculado [artículo 387, del Código Penal], en agravio del Estado Peruano; y les impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta; inhabilitación por dos años y fijó en S/ 95,000.00 (noventa y cinco mil soles) el monto por concepto de reparación civil que deberán abonar en forma solidaria.

QUINTO: Para condenar a la acusada **MARIA ROSA PRADO TENA**, el Juzgado Unipersonal, argumentó que se acreditó que se desempeñó en el cargo de “Habilitada” de la Oficina de Control Institucional de la FAP. De acuerdo a la Directiva FAP N.º 170-31 y Directiva N.º 170-3, fue la encargada para los pagos en efectivo; asimismo, custodiaba y entregaba dinero para gastos, elaboraba las rendiciones de cuenta del Fondo para gastos en efectivo. Por otro lado, conforme a la Directiva FAP N.º 170-31 numeral 8, del literal a), del punto 6, y la Directiva FAP N.º 170-3 de fecha 31 de agosto de 2004, fue encargada de la custodia y rendición de cuentas del fondo para pagos en

efectivo, por el periodo de imputación; mediante Resolución Directoral N.º 1181 DIDE, de 24 de noviembre de 2003 y la Resolución Directoral N.º 0026-DIDE-2003-CG, se designó a la acusada como encargada para el pago de Fondo en efectivo de la OCI-FAP; el testigo Meneses Garay sostuvo que la acusada era quien pagaba por los productos que compraba la OCI FAP; igualmente el testigo Melesio Garay señaló que las boletas se las entregaba a la acusada. Por lo que, se tiene por acreditado que la acusada **MARIA ROSA PRADO TENA**, colaboró a fin de que el acusado **JULIO TEO PEREZ ROSALES**, como titular de la Unidad de la OCI FAP, teniendo la función de la administración y custodia de los Fondos para pagos en efectivo de la OCI FAP; se apropie de la suma de S/ 65,614.50 soles, a través de gastos por consumo, abarrotes y boletas falsificadas.

• ITINERARIO DEL PROCESO EN SEGUNDA INSTANCIA.-

SEXTO: Contra la citada sentencia, el representante del Ministerio Público y la defensa técnica de los sentenciados **JULIO TEO PEREZ ROSALES** y **MARIA ROSA PRADO TENA** - fojas trescientos seis-, interpusieron recurso de apelación; en el caso de Rentería Valdelomar solicitó su absolución, por cuanto el cómplice primario realiza un aporte necesario para la comisión del delito, pero no participa en la ejecución del mismo; además este aporte tiene que ser necesariamente doloso de conformidad con el artículo 25, del Código Penal; es decir, tiene que tener conocimiento necesario o al menos prever por razón de su cargo, de que su concurso implicará la comisión de un evento delictivo; sin embargo, nunca tuvo conocimiento de que se estuviera cometiendo algún delito, por el contrario se encontraba aprobada por directivas internas de la FAP y el clasificador maestro de gastos del sector público, no existiendo complicidad a título de negligencia.

SÉPTIMO: El Segundo Juzgado Unipersonal Especializado en Delitos cometidos por Funcionarios Públicos de la Corte Superior de Justicia de Lima, por resolución de

veinticuatro de noviembre de dos mil catorce – fojas trescientos diecisiete- concedió los recursos de apelación interpuestos; y, mediante resolución de veintisiete de enero de dos mil quince -fojas trescientos sesenta y tres-, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima señaló fecha para la audiencia de apelación de sentencia, la que se realizó conforme al acta de 05 de marzo de 2015 -fojas trescientos setenta y tres-; y, su continuación de 12 de marzo de 2015 –fojas trescientos setenta y siete- y dieciséis de marzo de 2015 -fojas trescientos ochenta y uno- con la intervención del representante del Ministerio Público, los sentenciados **JULIO TEO PEREZ ROSALES** y **MARIA ROSA PRADO TENA** y sus abogados defensores.

OCTAVO: El día veintisiete de marzo de dos mil quince -fojas trescientos ochenta y tres-, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, dictó sentencia de vista confirmando la sentencia de doce de noviembre de dos mil catorce -fojas doscientos cincuenta y siete- en los extremos que absolvió a Lázaro Pazos Acosta de la acusación fiscal en calidad de cómplice secundario del delito contra la administración pública – peculado [artículo 387 del Código Penal], en agravio del Estado Peruano; y, condenó a **JULIO TEO PEREZ ROSALES** y **MARIA ROSA PRADO TENA** como autor y cómplice primario respectivamente, por la comisión del delito contra la Administración Pública – peculado [artículo 387, del Código Penal], en agravio del Estado Peruano; y les impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta; inhabilitación por dos años y fijó en S/ 95,000.00 (noventa y cinco mil soles) el monto por concepto de reparación civil que deberán abonar en forma solidaria.

NOVENO: Los argumentos que utilizó la Sala Penal de Apelaciones para sustentar su fallo, respecto a la sentenciada **MARIA ROSA PRADO TENA** son, que a la fecha de la comisión de los hechos [noviembre 2003 a diciembre 2004], ostentaba el cargo de

encargada del fondo para pagos en efectivo, también llamada “habilitada”, encontrándose sujeta a los lineamientos establecidos en las Directivas FAP 170-3 y FAP 170-31 y que su participación fue determinante para la consumación del ilícito penal; a juicio oral concurrieron los testigos Raúl Antonio Meneses Garay y Melecio Guillén Loardo cuyos testimonios no fueron desacreditados; la alegación de la acusada respecto a que actuó bajo el principio de confianza, no resulta cierto toda vez que dada su experiencia en la administración pública tal como manifestó al ser interrogada, exigían una conducta distinta a la asumida por ésta, permitiendo que el Jefe del OCI-FAP, **JULIO TEO PEREZ ROSALES**, utilizara en beneficio propio el dinero asignado por concepto de “fondo para pagos en efectivo”; asimismo, considera que su intervención dado el encargo conferido sobre los fondos públicos es de autora; sin embargo, fue acusada y condenada como cómplice primaria, título de imputación que subsiste ya que quien impugnó es la citada acusada.

- **DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN.-**

DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN.-

DÉCIMO: No encontrándose conforme con la sentencia de vista, la sentenciada **MARIA ROSA PRADO TENA**, interpuso recurso de casación excepcional –conforme a los numerales 1 y 4, del artículo 427, del Código Procesal Penal- [fojas cuatrocientos diez], invocando las causales 3 y 5, del artículo 429, del Código Adjetivo, sosteniendo que la resolución cuestionada importa una errónea interpretación de los institutos de imputación objetiva, principio de confianza y la prohibición de regreso y su nula aplicación en la sentencia, en cuanto a la conducta desplegada por la acusada; así como el apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida en el recurso de casación N.º 367-2011; por lo que resulta necesario para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, respecto a si el accionar de la acusada escapa al rol establecido, además que asumía su función dentro de los parámetros normales y entendiendo que nunca existió observación

alguna, por el cual debería estar alerta de cualquier acontecimiento anómalo, respecto a la justificación de los gastos y que luego sustentaban los mismos con las boletas.

UNDÉCIMO: El Tribunal Superior por resolución del 24 de abril de 2015 -fojas cuatrocientos ochenta y seis-, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso de casación interpuesto por la defensa de la sentenciada **MARIA ROSA PRADO TENA**; sin embargo, mediante ejecutoria suprema de 6 de julio de 2015 emitida en la Queja N.º 150-2015/LIMA – fojas cuatrocientos noventa y cuatro- se declaró fundado el recurso de queja de derecho y ordenó se admita el recurso de casación, el mismo que fue concedido por resolución ocho de 14 de diciembre de 2015 –fojas cuatrocientos noventa y ocho-.

DUODÉCIMO: La Sala Penal Permanente de esta Suprema Corte, mediante el auto de calificación del recurso de casación del 15 de abril de 2016 -fojas cuarenta y cinco del cuaderno de casación formado en esta instancia- declaró, de oficio, bien concedido el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de la sentenciada **MARIA ROSA PRADO TENA**, para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial del artículo 25, del Código Penal, respecto a la imputación objetiva y el principio de confianza, que la orienta en el delito de peculado del artículo 387 del Código Penal.

DÉCIMO TERCERO: El 26 de junio de 2017, se llevó a cabo la audiencia de casación, en la que estuvo presente el abogado de la sentenciada **MARIA ROSA PRADO TENA**, quien alegó que los hechos datan del periodo comprendido entre noviembre de 2003 a diciembre de 2004, durante el que su patrocinada **MARIA ROSA PRADO TENA** ejercía el cargo de habilitada de la Oficina de Control Institucional de la FAP y según la Directiva N.º 763 autorizaba los pagos del fondo inmediato de menor cuantía; sin embargo, se le condenó como cómplice primario del delito de peculado doloso y no realizó el análisis del porqué ella era competente para hacer esos pagos, incurriendo en la infracción del artículo 25 del Código Penal, puesto que para la complicidad se requiere de un aporte doloso y no culposo; se cuestiona que no se haya

realizado la verificación de la infracción del deber de cuidado y no se aplicó la Casación N.º 367- 2011-Lambayeque, sobre complicidad primaria y secundaria; se aplica la teoría del dominio del hecho y siendo que el cómplice jamás tiene el dominio del hecho, no se tuvo en cuenta para determinar la responsabilidad, la teoría de imputación objetiva y el principio de confianza; no se le puede exigir una conducta que no le corresponde, su patrocinada no es perito para determinar si una boleta es verdadera o falsa, su conducta fue neutral, cumplió su función y no se le puede exigir más allá de su rol, no tienen relevancia penal las conductas que no violan la normatividad; su participación fue culposa por lo que no puede ser cómplice.

DÉCIMO CUARTO: Deliberada la causa en secreto y votada el mismo día de la vista, esta sala suprema emitió la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública –con las partes que asistan- se realizará por la secretaría de la sala el día 11 de Julio de 2017, a las 10:30 horas.

- **FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL.-**
- **El delito de peculado como delito de infracción de –**

DÉCIMO QUINTO: Para analizar el presente caso, es pertinente referirnos a la categoría de los delitos de infracción del deber, postulada por primera vez por Claus Roxin (1963) hace más de 50 años, en su libro Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Roxin en su planteamiento original distinguió los delitos de dominio del hecho de los delitos de infracción de deber; en relación a los delitos de infracción de deber sostuvo que éstos se caracterizaban porque la autoría de la realización del tipo penal no depende del dominio del hecho, sino de la infracción de un deber que incumbe al agente relacionándolo con los delitos especiales –aquellos que requieren, para poder ser autor, una específica cualificación en el sujeto- y los delitos de omisión –aquellos que se refieren a la no verificación de una determinada conducta, en ese sentido, se realizan si tiene lugar una conducta diferente a la prevista, es necesaria la pasividad-.

15.1. El delito de peculado sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le están confiados por razón de su cargo. Para atribuir la responsabilidad a una persona por el delito de peculado, nuestro ordenamiento jurídico no sólo exige que el sujeto activo tenga la condición de funcionario o servidor público, sino, además, que ostente un vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado; así pues, constituye un delito especial y de infracción de deber vinculado a instituciones positivizadas; siendo “un delito especial porque formalmente restringe la órbita de la autoría a sujetos cualificados, pero se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal en concepto de autor no radica en el dominio sobre el riesgo típico, sino que reside en el quebrantamiento de un deber asegurado institucionalmente y que afecta sólo al titular de un determinado status o rol especial”.

15.2. En otras palabras, a efectos de distinguir a la teoría de infracción del deber con la teoría del dominio del hecho, es pertinente señalar que en la teoría de los delitos de infracción de deber, el autor se materializa en el criterio de la infracción del deber, mientras que en la teoría del dominio del hecho, será calificado de autor quien domina el suceso que acarrea la realización del delito, y aquí, respecto al partícipe si bien interviene en la comisión del hecho criminal, carece del dominio del hecho, por lo que su contribución no es determinante para la realización del delito. En ese sentido, se advierte que en los delitos contra la administración pública, tipificados en nuestro Código Penal, autor es aquel individuo que ha quebrantado un deber especial –el cual no repercute a todas las personas-. El sujeto principal del hecho delictivo, donde participan más de una persona, será quien vulnere el deber especial previsto en el tipo penal y, así favorezca al resultado por acción u omisión. “Aquí son irrelevantes el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado”.

- **De la imputación objetiva y el principio de confianza**

DÉCIMO SEXTO: En el marco de la teoría de la Imputación Objetiva se produce una reformulación del juicio de imputación, sobre la base de criterios normativos que apuntan a una restricción del tipo penal. Según la cual sólo puede resultar objetivamente imputable un resultado, si la acción ha creado una puesta en peligro jurídicamente prohibida del objeto de acción protegido y el peligro se ha realizado en el resultado típico.

16.1. Uno de los elementos definidores de la imputación objetiva es el denominado Principio de Confianza. Un Estado Social de Derecho, supone que sus ciudadanos reconocen y han hecho suyas las normas sociales y jurídicas necesarias para la convivencia inter-social; en base a tal concepción, los ciudadanos tienen pues la confianza de que sus pares van a amoldar sus ámbitos organizativos con sujeción a dichas normas y este es el fundamento de la vigencia fáctica de las mismas. Empero, se puede responder únicamente por las conductas que se encuentran dentro del propio ámbito de competencia, porque no forma parte de la función de un ciudadano controlar todos los posibles peligros que pueda originar la conducta de un tercero.

16.2. Cada individuo deberá comportarse conforme al rol que asume en una determinada relación social; la conformación de determinadas actividades sociales, depende de la actuación simultánea de varias personas, cada una de ellas deberá realizar su prestación de forma correcta, por consiguiente, una prestación deficitaria sólo podrá atribuirse a ellas y no al resto de participantes.

16.3. No cabe imputación a la conducta cuando el sujeto obra confiando en que los demás actuarán dentro de los límites del riesgo permitido. Ejemplo: El cirujano espera que el material quirúrgico que emplea en una intervención haya sido esterilizado por el personal de enfermería. Así las cosas, el ejercicio del rol se identifica con el cumplimiento de la norma, en ese sentido, es lógico concluir que el quebrantamiento del rol es la llave que abre la puerta de par en par a la imputación penal sobre la base de la infracción de una norma jurídica. La imputación objetiva es, pues, en esencia una

defraudación imputable de las expectativas sociales, correlativamente con la concepción de la norma como modo de orientación de conductas y como fundamento estabilizador de expectativas sociales.

- **De la figura del autor y partícipe en los delitos de infracción de deber.-**

DÉCIMO SÉTIMO: El autor argentino Enrique Bacigalupo, respecto a los delitos especiales, afirma que hay ciertos delitos que solamente pueden ser cometidos por un número limitado de personas que tienen las características especiales requeridas por la ley para ser autor; se trata de delitos que importan la violación de una norma especial; por lo que resulta claro sostener que el funcionario público es quien ocupa un status especial y tiene un deber de garante para con la sociedad y el Estado, de suerte que debe de evitar la lesión de los intereses de la administración pública.

17.1. La complicidad está regulada en el artículo 25 de nuestro Código Penal, y describe: “El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena. El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él.”; en este punto, debemos destacar que este precepto legal evidentemente tiene como fundamento la teoría del dominio del hecho, conforme lo esgrimido en el considerando precedente, pues respecto a la participación, toma la tesis de la accesoriedad de la participación, es decir, que la participación es factible cuando existe realmente un hecho cometido por un autor, toda vez que, la complicidad no contiene autonomía típica propia o estructura delictiva diferente a la desplegada por el autor del hecho punible, por lo que la unidad del título imputativo deberá ser la que le corresponda al autor -unidad del título de imputación-.

17.2. Siendo así, la complicitad es conceptualizada como la cooperación a la realización de un hecho punible cometido, dolosamente, por otro; o, lo que es lo mismo, como el prestar ayuda a un hecho doloso de otro. El cómplice carece del dominio del hecho, que sólo es ejercido por el autor del delito. Por otro lado, el dolo del cómplice radica en el conocimiento de la clase del hecho al cual coopera, saber que es un hecho injusto y el conocimiento de prestar la colaboración; la ayuda prestada sin conocimiento no es complicitad.

17.3. Ahora bien, la complicitad ha sido clasificada en primaria y secundaria, la diferencia entre ambas reside en el tipo de aporte prestado por el cómplice; podrán ser considerados actos de complicitad primaria, aquellos actos que sean esenciales o vitales para que el autor pueda cometer el delito, mientras que la complicitad secundaria se conforma por cualquier contribución, que no sea esencial para la comisión del delito; vale decir, éstos aportes no son indispensables. Con el fin de determinar la responsabilidad penal como cómplice -primario o secundario-, corresponderá analizarse si la conducta desplegada por el imputado, en cada caso concreto al cooperar o prestar colaboración ha constituido un aporte que contenga el elemento subjetivo del dolo.

17.4. Esta diferencia entre complicitad primaria y secundaria es creación de la teoría del dominio del hecho, en la cual es vital establecer el aporte brindado por el partícipe al autor en la comisión del delito. En tal sentido, en los delitos especiales, no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 25 del Código Penal que dispone que al cómplice o cooperador primario, se le impone la misma pena que el autor y al cómplice secundario se le disminuirá prudencialmente la pena. CLAUS ROXIN, luego de elaborar el criterio del dominio del hecho para imputar a una persona la condición de autor del delito, de “señor del hecho”, o “figura central del suceso acaecido”, desarrolla el criterio de la infracción del deber para identificar al autor en ciertos delitos en los que no es aplicable el principio del dominio del hecho, pues la autoría se fundamenta en la infracción de un deber.

17.5. Del análisis de los delitos contra la administración pública, podemos indicar que no todos son delitos especiales, pues existen también delitos comunes como por ejemplo el delito de tráfico de influencias. Por supuesto, que cuando se trata de delitos comunes la teoría del dominio del hecho debe ser utilizada para identificar o determinar quién es autor y quién es partícipe del delito –primario o secundario-; sin embargo, para la teoría de infracción del deber, todo aquel que sin tener relación funcional con el Estado participa en la comisión de un delito contra la administración pública, será simplemente cómplice, al igual que quien brinda su aporte en la etapa de preparación del delito.

- **De la complicidad en el delito de peculado.-**

DÉCIMO OCTAVO: “La complicidad primaria en delitos de función se produce, a diferencia de la colaboración secundaria, solo mediante aportes en fase de preparación del delito, pudiendo ser colaborador necesario o primario cualquier funcionario, servidor público o un particular”; a diferencia de la cooperación secundaria, la cual se genera cuando las contribuciones del partícipe son ayudas accesorias o coadyuvantes a la preparación, ejecución o consumación del delito.

18.1. Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Vocal del Consejo General del Poder Judicial Español, afirma que el cómplice solamente puede brindar su aporte esencial en la fase preparatoria, pues si éste se produce en la fase ejecutiva se tratará de un coautor.

18.2. La Corte Suprema de Justicia ha determinado que el aporte necesario en la fase preparatoria deber ser tipificado como complicidad primaria. En el expediente N.º 3086-99-Lima, del seis de octubre de mil novecientos noventa y nueve señaló: “Los elementos que caracterizan la categoría del cómplice primario son: a) La intensidad objetiva del aporte al delito, b) El momento en que se realiza el aporte. Teniendo como base este segundo supuesto, la colaboración propia de la complicidad primaria se da en la fase preparatoria del hecho delictivo”.

• ANALISIS DEL CASO CONCRETO.-

DÉCIMO NOVENO: Teniendo en consideración lo señalado precedentemente, pasaremos a analizar si en el caso en concreto, los hechos imputados por el Ministerio Público contra la encausada **MARIA ROSA PRADO TENA** se encuentran dentro de los actos preparatorios respecto a las etapas del delito de peculado, a efectos de poder configurarse la complicidad primaria por la cual se le sentenció.

19.1. Siendo así, en el caso de autos se advierte que **MARIA ROSA PRADO TENA**, quien laboraba en la OCI-FAP como “habilitada”, tenía en su poder el dinero asignado a la Unidad por concepto de “fondo para pagos en efectivo”, del cual entregaba diversos montos y/o pagaba los gastos que verificaba **JULIO TEO PEREZ ROSALES**. En el periodo comprendido entre noviembre de 2003 a diciembre de 2004, coadyuvó a su coprocesado **JULIO TEO PEREZ ROSALES** – Jefe del OCI-FAP, para que utilizara en beneficio propio y de terceros diversas sumas de dinero y haber asumido gastos particulares a cuenta del fondo para pagos en efectivo asignado a la entidad para fines específicos.

19.2. El autor del delito fue **JULIO TEO PEREZ ROSALES**, quien está sentenciado y se desempeñó como jefe del Órgano del Control Institucional de la FAP, apropiándose para sí y para terceros de parte del dinero asignado a dicha unidad por concepto de fondo para pagos en efectivo, ascendente a la suma de S/ 65,614.50 (Sesenta y cinco mil seiscientos catorce y 50/100 soles), obteniéndose en cuatro acciones: i) Ordenó comprar licores y regalos en beneficio propio y de terceros, lo que justificó con boletas que no consignaban los productos realmente adquiridos; ii) Dispuso la compra indiscriminada de abarrotes a fin de que Melecio Guillén Loardo (mayordomo) prepare almuerzos para su persona y el asesor; iii) Realizó consumos indiscriminados en establecimiento que expenden comidas en beneficio propio; y iv) Se apropió de diversas sumas de dinero del fondo para pagos en efectivo que los justificó con comprobantes falsos o adulterados.

19.3. Por otro lado, se le imputó a **MARIA ROSA PRADO TENA**, en calidad de cómplice primario del delito de peculado doloso y haber colaborado o brindado un aporte esencial a fin de que el acusado **JULIO TEO PEREZ ROSALES** se apropié de la suma antes referida a través de gastos por consumo, abarrotes y comprobantes de pago falsificados, por lo que fue sentenciada a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida al igual que el autor.

19.4. Este Supremo Tribunal advierte que está acreditado, según la Directiva FAP N.º 170-31, de doce de junio de dos mil dos, numeral 8), literal a), punto 6), que establece: “La administración, registro, custodio y rendición de cuentas del fondo para pagos en efectivo será responsabilidad mancomunada del Comandante/Director/Jefe de la Unidad, del Jefe de Finanzas –en el caso sub examine De Souza Peixoto Zumaeta- y del encargado del Fondo para pagos en efectivo (FPPE) –la recurrente RENTERÍA VALDELOMAR-” y la Directiva FAP 170-3, de treinta y uno de agosto de dos mil cuatro, numeral 8), literal a), del punto 6), de la misma Directiva que: “La administración, registro, custodio y rendición de cuentas del fondo para pagos en efectivo será responsabilidad mancomunada del Comandante/director/Jefe de la Unidad, del Jefe de Finanzas y del encargado del Fondo para pagos en efectivo (FPPE)”; es decir, la acusada **MARIA ROSA PRADO TENA**, fue la encargada del fondo para pagos en efectivo, por lo tanto tenía responsabilidad mancomunada con el Jefe **JULIO TEO PEREZ ROSALES**, en la administración registro, custodia y rendición de cuentas.

19.5. Ahora bien, encontrándonos en el proceso penal acusatorio, la teoría del caso pretendida por el Ministerio Público en su acusación fiscal durante el juicio oral, contra **MARIA ROSA PRADO TENA**, es la de cómplice primario porque sostiene que siendo la encargada del fondo para pagos en efectivo, su aporte esencial consistió en efectuar los pagos (entrega de dinero) respecto a las compras y gastos por diversos motivos que efectuó el condenado **JULIO TEO PEREZ ROSALES**, quien era el Jefe de la OCI – FAP; es decir, conforme a su responsabilidad funcional y cargo

desempeñado, tenía como función observar y verificar los motivos por los que se entregó el dinero.

19.6. Estando a los argumentos esgrimidos por este Supremo Tribunal en la Casación N.º 367-2011-Lambayeque, en la que se establece como doctrina jurisprudencial, los criterios para determinar la responsabilidad penal en grado de complicidad – primaria o secundaria-aquí también deberá analizarse si la conducta desplegada por la imputada al cooperar o prestar colaboración en la comisión del delito ha constituido un aporte que contenga el elemento subjetivo del dolo, es decir, del análisis del acervo probatorio necesariamente deberá verificarse la existencia del elemento subjetivo acotado.

19.7. En el caso materia de análisis, no se ha llegado a verificar el elemento subjetivo del tipo, es decir, el dolo -entendido como el conocimiento de la clase del hecho al cual coopera, saber que es un hecho injusto y la voluntad de prestar la colaboración-; por lo que no está acreditado que la acusada conocía que las boletas presentadas por **JULIO TEO PEREZ ROSALES** eran falsas, que los gastos y consumos sustentados por el sentenciado **JULIO TEO PEREZ ROSALES** [quien tenía la facultad de administración de dicho fondo según la directiva respectiva] eran indebidos; más aún si como jefe tenía esa potestad y la imputada cumplió con su función, en base al principio de confianza, de entregarle el dinero que sustentaba mediante comprobantes de pago; en consecuencia, al no haberse acreditado el dolo en su proceder, no es jurídicamente posible que responda penalmente como cómplice a título culposo, pues que como se ha señalado precedentemente el partícipe siempre será a título doloso.

19.8. El principio acusatorio guarda directa relación con la atribución del Ministerio Público, reconocida en el artículo ciento cincuenta y nueve del Texto Constitucional, entre otras, de ejercitar la acción penal. Siendo exclusiva la potestad del Ministerio Público de incoar la acción penal y de acusar, de modo tal que la ausencia de acusación impide cualquier emisión de sentencia condenatoria. La conducción de la investigación, el ejercicio de la acción penal y la interposición de la acusación corresponden a un ente

autónomo y jerarquizado, que de manera monopólica lleva a cabo dicha función. De ahí, el reconocimiento del principio acusatorio, como garantía esencial del proceso penal, que integra el contenido del debido proceso referido al objeto del proceso penal.

19.9. Siendo así, el Ministerio Público como titular de la acción y director de la investigación durante el juicio sustentó su teoría del caso contra **MARIA ROSA PRADO TENA** a quien le imputó el delito de peculado doloso en calidad de cómplice primaria; es sobre dicha pretensión que se delimitó el debate en juicio oral, público y contradictorio, así como sobre dicho cargo corresponde emitir el pronunciamiento judicial; siendo el modelo procesal vigente de tipo acusatorio en el que existe una división de roles, corresponde al Fiscal la carga de la prueba que sustente su teoría y es quien delimita la imputación (autoría, participación, calificación jurídica, pretensión punitiva, etc.); en este caso, al desvirtuarse -conforme a los fundamentos antes expuestos- el título de cómplice primario, y no existiendo otros cargos contra la imputada, por lo que corresponde absolverla de la acusación fiscal.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos, declararon:

1. **FUNDADO** el recurso de casación excepcional para desarrollo de la doctrina jurisprudencial, del artículo 25 del Código Penal.
2. **CASARON** la sentencia de fojas trescientos ochenta y tres, de veintisiete de enero de dos mil quince, que confirmó la sentencia apelada de fojas doscientos cuarenta y dos, de doce de noviembre de dos mil catorce, en el extremo que condenó a **MARIA ROSA PRADO TENA** como cómplice primaria por el delito contra la Administración Pública – Peculado, en agravio del Estado, y como tal le impuso

cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el periodo de tres años bajo reglas de conducta e inhabilitación por dos años.

3. Sin reenvío actuando en sede de instancia **REVOCARON** la sentencia de veintisiete de enero de dos mil quince, que condenó a la acusada **MARIA ROSA PRADO TENA** como cómplice primaria por el delito contra la Administración Pública – Peculado, en agravio del Estado, y como tal le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el periodo de tres años bajo reglas de conducta e inhabilitación por dos años; reformándola, **ABSOLVIERON** a la citada procesada por el delito y agraviado en mención. **ORDENARON** la anulación de sus antecedentes generados como consecuencia de la tramitación del presente proceso y el archivo definitivo de la causa en este extremo
4. **ORDENARON** que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema. Hágase saber.

S.S.

SALAZ ARENA

VENTURA CUEVA

PACHECO HUANCAS

CEVALLOS VEGAS

CHÁVEZ MELLA

ANEXO 3

ANALISIS DEL CASO PRÁCTICO

El delito de peculado al ser un delito especial de infracción de deber, restringe el número de autores, a aquellas personas que reúnen la cualidad específica que exige el tipo penal en mención.

La complicidad en el delito de peculado se da desde la etapa de preparación del hecho hasta antes de la consumación, siendo el cómplice primario (o necesario) aquel que desde dicha etapa aporta al hecho principal, una contribución sin la cual el delito no hubiera sido posible de cometer; estando compuesto por dos elementos, a saber: i) La intensidad objetiva de su aporte al delito, vale decir que sin este el hecho no hubiera podido cometerse, y ii) El momento en que realiza su aporte, el mismo que debe ser anterior a la ejecución y en algunos casos hasta durante la ejecución del mismo, pero en este último caso se debe verificar que no tuvo dominio del hecho, en tal caso respondería como autor.

De la trascendencia de delimitar estos dos elementos, nace la importancia de hacer valer una imputación concreta contra el partícipe en el delito de peculado. La razón del cargo, la disponibilidad material del bien jurídico tutelado, y en concreto, precisar el rol del partícipe, junto a la normatividad interna de determinada institución para así poder sentar la base de su acción u omisión, que deberá probarse en la etapa correspondiente, esto junto a la unidad del título de la imputación (un solo proceso), el cual no genere impunidad.